



HAL
open science

Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie

Laurie Marguet

► **To cite this version:**

Laurie Marguet. Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2018. Français. NNT : 2018PA100124 . tel-03917467

HAL Id: tel-03917467

<https://theses.hal.science/tel-03917467v1>

Submitted on 2 Jan 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.

Membre de l'université Paris Lumières

Laurie Marguet

**Le droit de la procréation
en France et en Allemagne**

Étude sur la normalisation de la vie

Thèse présentée et soutenue publiquement le 5 décembre 2018
en vue de l'obtention du doctorat de **Droit public** de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Madame Stéphanie Hennette-Vauchez (Université Paris Nanterre)

Jury :

Rapporteur : Monsieur le professeur Xavier Bioy Université Toulouse 1 Capitole

Rapporteur : Monsieur le professeur Guillaume Tusseau Sciences-Po, école de droit

Membre du jury : Madame la professeure Florence Bellivier Université Paris-Nanterre

Membre du jury : Monsieur le professeur Xavier Dupré de Boulois Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Membre du jury : Madame la professeure Ute Sacksofsky Goethe Universität (Francfort-sur-le-Main)

L'université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes grands-parents,

Remerciements

Ma profonde gratitude s'adresse avant tout à Madame Hennette-Vauchez, pour avoir accepté d'encadrer ce travail après mon Master. Merci, Madame, pour votre exigence et votre disponibilité, pour vos conseils et votre soutien pendant ces années de doctorat. Cette thèse n'aurait pas été la même sans votre suivi.

Je remercie également Madame Sacksofsky, pour avoir accepté de superviser, depuis l'Université de Francfort, mes travaux et pour m'avoir toujours considérée comme l'un de ses doctorantes, malgré la distance.

Je tiens également à remercier, Mesdames les professeures Sacksofsky, Hennette-Vauchez, et Bellivier, ainsi que messieurs les professeurs Dupré de Boulois, Bioy et Tusseau qui m'ont fait l'honneur d'accepter d'évaluer mes travaux.

Pour leurs conseils, j'adresse tous mes remerciements à Madame Girard, Madame, Boucobza, Madame Roman, Monsieur Lepillouer et Monsieur Pichard.

Merci à tous les membres du CREDOF de faire de ce centre un beau lieu de travail mais aussi un lieu de vie. Merci aux plus anciens, Max, Thomas et Antonin, pour ces années stimulantes passées ensemble, et aux les plus récents, pour votre bonne humeur au quotidien.

Un remerciement tout particulier s'adresse aux personnes qui ont accepté de relire cette thèse ou de m'aider à sa finalisation : Michael, Claire, Lisa, Clément, Antonin, Louise, Antoine, Max, Nicolas, Élise, Nabil, Olympe, Elsa(s) et Florian. Et bien sûr, même si ces quelques lignes ne sauraient suffire à exprimer ma gratitude, merci à mes deux sœurs de thèse, Elsa F. et Elsa B., pour votre présence constante à mes côtés. Cette aventure n'aurait pas été la même sans vous.

Des remerciements spécifiques s'adressent également à Olympe, Fanny, Alicia et Kevin ; ainsi qu'à Elsa, bien sûr. Merci pour tout, À ces quelques noms s'ajoute également une liste trop conséquente de personnes pour qu'elles soient toutes remerciées ici, ma reconnaissance n'en est pas moins sincère et, j'en suis sûre, elles se reconnaîtront.

Merci à mes parents, pour leur soutien et leur patience. À mon frère et à ma sœur, pour notre complicité, leur aide et leur confiance.

À René, für alles.

Abréviations

En français

ABM : Agence de la biomédecine.
AJDA : Actualité juridique. Droit administratif.
AJ Famille : Actualité juridique famille.
AJ pénal : Actualité juridique pénal.
AMP : Assistance médicale à la procréation.
AN : Assemblée nationale.
BAM : Bulletin de l'Académie nationale de médecine.
BOM : Bulletin de l'Ordre des médecins.
CA : Cour d'appel.
CAA : Cour administrative d'appel.
CC : Cour de cassation.
CE : Conseil d'État.
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme.
CESDH : Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
CCNE : Comité consultatif national d'éthique.
CECOS : Centre d'étude et de conservation du sperme humain.
CNCDDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme.
CNTE : Comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal.
CJUE : Cour de justice de l'union européenne.
CP : Code pénal.
CPDNP : Centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal.
CSP : Code de la santé publique.
CSS : Code de la sécurité sociale.
DC : décision (saisine *a priori*) du Conseil constitutionnel.
DDD : Défenseur des droits.
Dir. : sous la direction de.
DIU : dispositif intra-utérin.
DPN : diagnostic prénatal.
DPI : diagnostic préimplantatoire.
FIV : fécondation *in vitro*.
GPA : gestation pour autrui.
HAS : Haute autorité de santé.
HCE : Haut comité à l'égalité entre les hommes et les femmes.
IA : insémination artificielle.

IAD : insémination artificielle avec donneur.
Ibid. : *ibidem*.
ICSI : *intra-cytoplasmic sperm injection*.
IGAS : Inspection générale des affaires sociales.
IVG : interruption volontaire de grossesse.
IMG : interruption médicale de grossesse.
JCP : La semaine juridique, édition générale.
JO : Journal officiel.
LF : Loi fondamentale.
LPA : Les petites affiches.
Mélanges X : Mélanges en hommage à ou en l'honneur de X.
N° : numéro.
OPECST : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.
Op. cit. : *Opere citato*.
PMA : procréation médicalement assistée.
PU : Presses universitaires de.
PUF : Presses universitaires de France.
RDP : Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger.
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
RFDA : Revue de droit administratif.
RFDC : Revue française de droit constitutionnel.
RJPF : Revue juridique personne et famille.
RGDM : Revue générale de droit médical.
RIDC : Revue internationale de droit comparé.
RLDC : Revue Lamy droit civil.
RRJ : Revue de la recherche juridique. Droit prospectif.
RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé.
RTD. civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen.
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme.
TA : tribunal administratif
TGI : tribunal de grande instance.
UE : Union européenne.
Vol. : volume.
QPC : question prioritaire de constitutionnalité.

En allemand

AG : Amtsgericht (première instance).

BaAk : Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurance maladie).

BÄK : Bundesärztekammer (Chambre fédérale des médecins).

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil).

BGH : Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice).

BGHst : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Strafsachen (décision de la Cour fédérale de justice en matière pénale).

BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Zivilsachen (décision de la Cour fédérale de justice en matière civile).

BT : Bundestag.

BVerfG : Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle).

BVerfGE : Entscheidungen des

Bundesverfassungsgerichts ; amtlichen Sammlung (recueil des décisions de la Cour constitutionnelle).

BVerwG : Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale)

BVerwGE : Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (recueil des décisions de la Cour administrative fédérale).

EschG : Embryonenschutzgesetz (loi de protection sur l'embryon).

LG : Landesgericht (seconde instance).

OLG : Oberlandesgericht (cour d'appel).

PID : präimplantationsdiagnostik.

PND : pränataldiagnostik.

Rn. : Rand.

SGB : Sozialgesetzbuch (Code de la sécurité sociale).

StGB : Strafgesetzbuch (Code pénal).

En l'absence de site officiel référençant les décisions de justice, les décisions de la Cour constitutionnelle et de la Cour fédérale de justice sont extraites du site servat.unibe.ch. Les paragraphes cités sont donc ceux de la numérotation du site, sauf s'il est précisé, entre parathèse, un autre site internet. Les décisions sont signalées d'après leur publication au recueil officiel, sous la forme [tome, page de début de la décision].

Les traductions de l'allemand sont de notre fait.

Alors même que les citations sont en général indiquées par des guillemets et mises en italique, certaines expressions, très usitées, telles que celles de « maintien de la population » ou de « faire vivre » (de Michel Foucault), de « vie bonne » (de Giorgio Agamben), de « pseudo-procréative » ou de « ni vu ni connu » (d'Irène Théry), seront uniquement indiquées en italique, afin de faciliter la lecture.

Les propos soulignés dans les citations sont de notre fait.

Sommaire

PARTIE 1. Le traitement juridique de la vie nue (*zoe*)

Titre 1. La protection juridique discontinue de la vie humaine

Chapitre 1. La protection juridique croissante de la vie postnatale

Chapitre 2. La protection juridique lacunaire de la vie anténatale

Titre 2. La protection juridique discontinue de la vie : justifications

Chapitre 1. Des atteintes à la vie justifiées par référence aux avancées d'une liberté procréative négative

Chapitre 2. Des atteintes à la vie justifiées par référence aux avancées d'une liberté procréative positive

PARTIE 2. La construction juridique de la vie bonne (*bios*)

Titre 1. Construction juridique d'un standard de vie bonne et normes de genre

Chapitre 1. La normalisation de la parenté en droit de la procréation négative

Chapitre 2. La normalisation de la parenté en droit de la procréation positive

Titre 2. Construction juridique d'un standard de vie bonne et normalité physique et mentale

Chapitre 1. La normalisation de la vie à naître par la transformation des produits de la procréation

Chapitre 2. La normalisation de la parenté par la transformation des corps procréateurs

INTRODUCTION

1. Quoi de plus intime que la procréation ?

2. Ce domaine éminemment personnel fait pourtant aujourd'hui très largement l'objet de régulation juridique. Particulièrement en France, l'intervention étatique sur les questions relatives à la contraception, l'avortement, l'assistance médicale à la procréation (AMP) ou la gestation pour autrui (GPA) est croissante, pour ne pas dire exponentielle, depuis plusieurs décennies¹. Nombre de ces techniques sont aujourd'hui utilisées de manière importante, dans de larges parts du monde occidental.

3. Nombre d'entre elles demeurent, pour autant, sujettes à débat ; et la crainte de leur banalisation continue d'alimenter de manière récurrente des débats sur la mesure dans laquelle elles doivent, ou non, être effectivement mises à la disposition de leur population. Leur qualification et leur régime juridique ne sont, en d'autres termes, pas stabilisés. Si l'accès à la contraception, à l'avortement ou à l'AMP est finalement juridiquement organisé, sous l'influence des mouvements de libération sexuelle des années 1960, afin de permettre aux individus de faire des choix procréatifs, leur encadrement juridique continue d'être présenté, en France et en Allemagne, comme devant garantir contre toute dérive. En particulier, bien au-delà de la question de savoir si et comment les individus doivent pouvoir y accéder, la régulation des questions procréatives est présentée comme mettant en cause les valeurs fondamentales de la société. L'encadrement juridique est dès lors présenté, dans ces deux pays, comme servant à limiter les dérives, à garantir les valeurs fondatrices de la société², tout en assurant la « *protection du corps humain, incarnation du respect de la dignité de la personne* »³. Cet encadrement apparaît comme nécessaire pour lutter contre les abus que la consécration d'une liberté procréative rendrait possibles ; pour lutter contre une évolution démesurée des nouvelles technologies de la reproduction. Certains auteurs considèrent ainsi que « *de tels droits imposent une protection de la personne à partir des menaces que le progrès scientifique peut lui faire craindre* »⁴ car « *les progrès scientifiques et médicaux accomplis en quinze ans [...] nécessitent l'intervention du législateur, fixant des garde-fous, afin d'assurer les principes fondamentaux d'éthiques, au premier rang desquels le principe de dignité humaine, soient respectés* »⁵.

¹ Sur cette question, MEMMI D., « Vers une confession laïque - la nouvelle administration étatique des corps », *Revue française de science politique*, 2000, 50-1, p. 3.

² *Ibid* : « Trouvant un point d'équilibre entre le progrès médical et scientifique et le respect des règles éthiques correspondant aux aspirations des sociétés modernes ».

³ *Ibid*.

⁴ ISRAEL J.J., *Droits des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998, p. 24.

⁵ DENIZEAU C., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Vuibert, 2010, p. 169.

4. Plus largement, la densification de la régulation juridique en matière d'avortement (tant volontaire que médical) ou d'AMP est présentée comme servant à protéger l'être humain⁶, contre son instrumentalisation, sa réification⁷ ou sa destruction. Elle est ainsi présentée comme servant pour une large part à protéger la vie.

5. Mais est-ce bien là l'explication première de la montée en puissance de la juridicisation des questions procréatives : assurer le respect du principe de dignité, protéger la personne, et l'être humain ? Si l'objectif premier de la réglementation juridique est de « *protéger l'individu contre lui-même* »⁸, pourquoi dans ce cas, l'encadrement juridique des questions procréatives est-il souvent présenté comme structuré autour d'une logique de liberté et d'autonomie⁹ ? Si ce sont, au contraire, des intérêts individuels que le droit garantit, pourquoi, la protection de la « société » et la référence à ses valeurs structurantes sont-elles si présentes ? Par ailleurs, si l'intervention étatique est considérée comme fondamentale à la garantie du respect des principes éthiques fondamentaux, pourquoi l'État délègue-t-il au corps médical un pouvoir décisionnel considérable dans le domaine procréatif ? Plus généralement, si l'objectif premier de la réglementation juridique est de protéger l'être humain et plus largement la vie humaine, pourquoi autoriser de manière toujours plus importante des pratiques susceptibles de lui porter atteinte ?

6. Il importe dès lors de s'interroger sur l'affirmation, considérée comme évidente, selon laquelle la juridicisation des questions procréatives (et plus largement le droit de la procréation) servirait la protection de la vie. En d'autres termes, il importe de se demander si la protection de l'être humain et, plus largement, de la vie structurent pleinement l'encadrement juridique des questions procréatives.

7. Pour le déterminer, et essayer de comprendre les logiques profondes du droit de la procréation, il faut tout d'abord délimiter l'objet de notre étude - le droit de la procréation (§1). Il convient également de comprendre la manière dont il est traditionnellement appréhendé, avant de proposer de l'aborder cette fois sous un autre angle épistémologique, plus critique (§2), à l'aune d'une clé de lecture un peu différente (§3).

⁶ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁷ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁸ ISRAEL J.R., *Droits des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998, p. 24

⁹ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 2).

§1. Le droit de la procréation

8. Identifier l'objet de l'étude suppose notamment d'expliciter ce qui doit être entendu par *droit de la procréation*. En effet, le droit de la procréation ne fait pas l'objet d'une reconnaissance académique explicite¹⁰. Seul un ouvrage s'y intéresse expressément - *le droit de la procréation* de Roseline LETTERON, publié en 1997 - et l'auteure reconnaît que « *l'unité du droit à la procréation reste à réaliser* », qu'il s'agit d'un « *droit [...] en chantier* »¹¹, au « *stade des balbutiements* »¹². Le droit de la procréation est ici entendu comme l'ensemble des dispositions juridiques applicables à l'acte de procréer, la procréation étant définie par l'Académie de médecine comme « *l'action [...] de donner la vie* »¹³. Procréer, c'est « *faire naître* »¹⁴, à première vue, un « *acte purement physiologique* »¹⁵.

9. La réglementation de la procréation comporte en réalité deux dimensions, l'une que l'on peut qualifier de négative, l'autre de positive. D'un côté (versant négatif), elle concerne les actes visant à empêcher la conception ou la naissance d'un enfant. Le droit de la procréation applicable à ce volet comprend donc les dispositions juridiques encadrant la stérilisation, la contraception et l'interruption de grossesse. D'un autre côté (versant positif), elle vise les actes destinés à favoriser la naissance d'un enfant. Le droit de la procréation applicable à ce volet comprend deux aspects. Tout d'abord, il comprend les règles applicables aux techniques d'assistance médicale à la procréation - autorisée - et à la gestation pour autrui - interdite. Ensuite, il comprend les règles applicables aux diagnostics génétiques prénatals d'une part et préimplantatoires de l'autre. Ces diagnostics permettent aux parents de ne pas faire naître un enfant qui présente ou ne présente pas certaines caractéristiques. Le droit de la procréation comprend donc toutes les dispositions applicables à la stérilisation¹⁶, à la contraception¹⁷, à l'avortement¹⁸, à l'AMP¹⁹, à la GPA²⁰ et aux diagnostics prénatals²¹.

¹⁰ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 18.

¹¹ LETTERON R., COLLIARD C.A., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2005, p. 342.

¹² *Ibid.*, p. 3

¹³ Définition du dictionnaire CNRTL pour « procréation ».

¹⁴ Définition du dictionnaire Larousse pour « procréation ».

¹⁵ LETTERON R., *Le droit de la procréation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 3

¹⁶ Dictionnaire CNRTL : « *Suppression définitive (accidentelle ou intentionnelle) de la possibilité de procréer, provoquée notamment par l'excision des gonades, la ligature des trompes utérines ou des canaux déférents, par des agents chimiques ou physiques* ».

¹⁷ Dictionnaire CNRTL : « *Ensemble des moyens et des techniques, utilisée volontairement (par la femme ou par l'homme) pour empêcher que les rapports sexuels n'entraînent une grossesse* ».

¹⁸ Dictionnaire CNRTL : « *Manœuvre entraînant l'expulsion du produit de la conception* ».

¹⁹ Dictionnaire INSERM : « *L'assistance médicale à la procréation (AMP), ou procréation médicalement assistée (PMA), consiste à manipuler un ovule et/ou un spermatozoïde pour favoriser l'obtention d'une grossesse. Elle permet de pallier certaines difficultés à concevoir, sans nécessairement traiter la cause de l'infertilité* ».

²⁰ La GPA est une méthode d'AMP. Il s'agit d'une technique par laquelle une femme (dite "mère porteuse") porte l'enfant à naître à la demande et pour un autre couple. L'ovule peut être celui de la mère génétique de l'enfant, de la mère porteuse ou d'une donneuse.

10. L'objet de l'étude - le droit de la procréation - transcende le clivage traditionnellement instauré entre le droit privé et le droit public²². En effet, le droit de la procréation est défini à partir de son objet, à l'instar du droit de la santé, du droit de l'environnement²³ ou des libertés publiques²⁴ - le droit de la procréation pouvant, en tout état de cause, être précisément rattaché au champ de la bioéthique et à celui des droits de l'homme, des droits fondamentaux, des libertés publiques ou des libertés fondamentales²⁵. De manière générale, le corpus de droit positif étudié est vaste : droit de la famille, droit de la filiation, de la santé publique, de la sécurité sociale, de l'action sociale, droit hospitalier, etc., sont autant de branches du droit qui doivent être étudiées, en France et en Allemagne, pour essayer de comprendre les logiques profondes qui travaillent le droit de la procréation et identifier si, effectivement, la protection de la vie est l'une d'entre elles.

§2. Rompre avec l'approche classique du droit de la procréation

11. Outre la multiplication des énoncés juridiques qui affirment la *valeur* absolue de la vie humaine, y compris dans le cadre procréatif, une large part de la doctrine tend également à présenter la protection de la vie comme étant au cœur de l'encadrement juridique de la procréation²⁶.

12. En ce sens, il faut noter que le rattachement du droit de la procréation au champ de la bioéthique et plus largement des droits et libertés fondamentales participe généralement d'une appréhension des questions procréatives sous l'angle de la *conciliation* des droits : les questions procréatives sont en effet souvent présentées comme structurées autour de la recherche d'un « *équilibre* »²⁷ à établir entre les différents intérêts en présence. Elles sont présentées comme structurées autour d'une conciliation à établir entre, d'une part, la protection des droits individuels (ceux du couple, de la femme enceinte, etc.) et, d'autre part, la sauvegarde de certaines valeurs objectives (telles que celles de la protection de la vie). Ainsi, si l'avortement est autorisé en Allemagne dans un délai de 12 semaines, c'est pour assurer une conciliation entre, d'un côté, le droit à l'autodétermination de la femme enceinte et, de l'autre, le respect à la vie du fœtus²⁸. Si

²¹ Techniques servant au dépistage d'une maladie, d'un handicap ou d'une anomalie fœtale avant la naissance.

²² En ce sens, AGUILA Y., « Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés », *AJDA*, 2009, p. 905.

²³ Voir sur ce point, MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 18.

²⁴ RIVERO J., *Les libertés publiques*, tome 1 « Les droits de l'homme », Paris, PUF, 1974, p. 15. Dans le même sens, BIOY X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 68.

²⁵ Aucune distinction n'est établie, dans cette étude, entre ces différents termes.

²⁶ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²⁷ Par exemple : CE, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 19 ; AN, séance 2 du 15 janvier 2002, Philippe Nauche ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Nicole Catala (citant le Conseil d'État), p. 5820.

²⁸ Voir par exemple : BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39,1 ; Conseil Constitutionnel, DC n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, « La loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse » ; Conseil Constitutionnel, DC n° 2015-727, 21 janvier 2016, « Loi de modernisation de notre système de santé », considérant 43 et 44.

l'AMP est autorisée mais son accès strictement réglementé, c'est pour assurer un « *équilibre entre les progrès de la science, les demandes des patients et le respect de ces principes fondamentaux* »²⁹ au premier rang desquels apparaît la protection de l'être humain³⁰. C'est ainsi fréquemment sous l'angle des droits individuels - ou des droits subjectifs³¹ - que sont abordées les questions procréatives par la doctrine. La question est alors celle de la pondération à établir entre les différents droits individuels susceptibles de s'opposer dans ce cadre³²; et la sauvegarde d'intérêts collectifs, c'est-à-dire la protection de la société et des valeurs qui la structurent³³.

13. Or, en la matière, le discours doctrinal est relativement « engagé ». Plusieurs auteurs soulignent ainsi que la doctrine appréhende les libertés fondamentales sur le mode de « *l'idéologie* »³⁴. Les libertés publiques sont considérées comme étant « *au cœur d'un discours idéologique* »³⁵. La recrudescence de la notion de droit *fondamental* met notamment en lumière « *ce mode de raisonnement axiologique* »³⁶. L'utilisation de cette notion a, en effet, des conséquences « *rhétoriques ou symboliques. L'appui sur le "fondamental", dans la mesure où cette qualification renvoie à un degré ultime de normes ou de valeurs, fait [...] office d'argument de clôture qui ne peut être questionné* »³⁷. En droit de la bioéthique, le caractère particulièrement prescriptif ou normatif du discours doctrinal nous semble difficilement contestable. Finalement, les questions bioéthiques renvoient souvent, sous des formes renouvelées, à des interrogations *morales*³⁸. Les positionnements sont difficilement neutres, exprimant souvent une opinion sur la *bonne* conciliation à établir entre les différents éléments en présence (sur le mode de l'opposition ou de l'adhésion à telle ou telle pratique). Par exemple, certains auteurs critiquent la montée en puissance des droits subjectifs dans le domaine procréatif³⁹. Ils considèrent que les

²⁹ DENIZEAU C., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Vuibert, 2010, p. 169.

³⁰ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

³¹ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1); (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³² Comme c'est en particulier le cas en Allemagne.

³³ Comme c'est en particulier le cas en France.

³⁴ Voir notamment, BIOY X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 11.

³⁵ LETTERON R., COLLIARD C.A., *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 1.

³⁶ BIOY X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 68.

³⁷ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Des libertés publiques aux droits fondamentaux : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum*, n° 5, 2010, p. 14.

³⁸ ISRAËL J.J., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 24 : « L'existence tels droits [procréatifs] pose différents problèmes d'ordre essentiellement moral ». Voir aussi, AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Gérard Léonard : « L'interdiction des contrats de mères porteuses, assortie de sanctions, ne souffre, quant à elle aucune objection tant elle apparaît conforme à la morale élémentaire »; Sénat, 13 janvier 1992, Marie Claude Beaudeau; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Gérard Léonard; Sénat, 13 janvier 1993, Guy Cabanel, p. 105; CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, Avis n° 126, 2017, p. 18 et p. 49; CCNE, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, Avis n° 110, 2010, p. 14. Sur cette question : MONIER S., *Les comités d'éthique et le droit - Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 36.

³⁹ Voir notamment, FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui - Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013; CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.A., REVET T., *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2005, p. 248; MÉMETEAU G., « Jurisprudence - avortement, à propos de CA Bordeaux, avril 2007 Gerhard X contre Ministère public et autres », *Gazette du palais*, n° 214, 2007, p. 11; RUBELLIN-DEVICHI J., « Le droit de l'interruption de grossesse », *LPA*, 1996, n° 69, p. 22; LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 276.

droits subjectifs l'emportent progressivement sur la protection de la vie alors même, selon ces auteurs, qu'elle est d'une importance telle que sa sauvegarde devrait être *axiologiquement* supérieure à celles des autres intérêts en présence.

14. Cela étant, le caractère axiologique - et politique - de ces discours est souvent invisibilisé. Le caractère normatif ou prescriptif du propos - dans le discours doctrinal mais aussi politique ou juridictionnel⁴⁰ - n'est pas présenté comme le fruit d'un *choix politique* ou d'une préférence personnelle, mais du seul respect des lois de la nature ou du droit, qui imposeraient, par exemple, le respect de la vie dès l'apparition des premières cellules humaines ou interdiraient le recours à l'AMP pour les couples de femmes. Cette approche dogmatique des questions bioéthiques tend à « *dépolitise[r ces questions] et leur donne une objectivité quasi-scientifique* »⁴¹. Ainsi, en matière de libertés fondamentales et de bioéthique, on peut particulièrement observer que

*« le juriste tranche, prend position parfois en ayant recours aux dogmes selon lesquels le sens des textes précède leur interprétation, qu'il peut être retrouvé selon certaines méthodes ou sur la base de certaines représentations comme celles qui soutiennent l'essence d'une notion, l'existence d'une "nature" d'un droit ou d'une institution, ou la préexistence de principes supérieurs présents ou implicites dans les textes. Le jusnaturalisme latent - que ces "préexistences présumées" laissent transparaître, conforte paradoxalement "une impression de neutralité axiologique" comme si les auteurs se contentaient de décrire quelque chose d'extérieur à eux »*⁴².

15. Tous ces discours ont bien évidemment un intérêt car les questions normatives intéressent directement la société : quelles sont les implications d'une ouverture de l'AMP aux couples de femmes ? Est-il souhaitable d'y procéder ? Doit-on autoriser l'avortement et à quelles conditions ? Il y a indéniablement une demande sociale quant à ces questions et, surtout, aux réponses qui leur sont apportées. Toutefois, cette focalisation sur les questions normatives et morales nous interdit peut-être parfois de percevoir ce qui structure le droit positif de la procréation. C'est pourquoi le présent travail propose de changer de point de vue, de déplacer le regard⁴³.

16. L'objectif est notamment ici de « *procéder à des processus de "déplacement", de "dévoilement", de "changement de point de vue" à l'égard de l'objet observé* »⁴⁴, de rompre « *avec la réalité telle qu'elle est perçue ou*

⁴⁰ En ce sens, voir notamment, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande et notamment BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

⁴¹ COLSON R., « L'engagement de la doctrine : l'exemple du droit de la drogue », in DOCKES E., *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, 2007, p. 67 cité par BOUCOBZA I., « Neutralité et analyse critique du droit », Intervention au colloque « La neutralité », Tours, octobre 2016, p. 7. En ce sens, voir aussi BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 43.

⁴² BOUCOBZA I., « Neutralité et analyse critique du droit », *op. cit.*, p. 7 se référant à JESTAZ P., JAMIN C., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 94.

⁴³ *Ibid.* p. 10.

⁴⁴ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 297.

vécue »⁴⁵ et de révéler « ce qui est là dans les normes juridiques, mais seulement de manière invisible ou inaudible, implicite, indirecte »⁴⁶.

17. Il ne sera pas question de réécrire le droit de la procréation, ni même de le confronter à certaines valeurs. Il ne s'agira pas non plus de viser au « perfectionnement [...] du système juridique »⁴⁷ ou de préconiser « des solutions visant à y remédier »⁴⁸. L'ambition de ce travail ne sera donc, ni de prescrire, ni de juger, mais de dévoiler. Cette entreprise de dévoilement comporte indéniablement un positionnement critique vis-à-vis du droit, puisqu'il consiste à mettre au jour ce qui est caché.

18. Or, la supposition d'une telle analyse critique suscite des interrogations quant au principe de neutralité axiologique. À vrai dire, ce dernier principe est même mis en cause par les théories critiques. En effet, « même limitée à une simple fonction descriptive, la neutralité doctrinale reste largement un idéal »⁴⁹ car « la simple description peut être porteuse de choix axiologiques dans la mesure où l'exposé non critique des normes peut sous-entendre une adhésion à leur contenu, voire participer à leur légitimation »⁵⁰. Comme le souligne Isabelle BOUCOBZA,

« cette exigence de neutralité axiologique est jugée dans le camp des critiques comme irréaliste et pratiquement impossible pour quatre raisons : tout programme scientifique postule une dimension politique car il repose sur des "choix épistémologiques qui comportent nécessairement leurs parts de déterminisme, de subjectivité et d'engagement" ; tout discours qui se prétend neutre s'avère dépendant de la réalité sociale, historique, politique dans laquelle il s'inscrit ; tout chercheur peut ainsi "être rattrapé par un ensemble de croyances et de conceptions du monde, dont il peut à tort penser s'être débarrassé" ; tout discours a une portée sociale. Celui du droit, comme celui qui porte sur lui, produit des effets de légitimation, impliquant banalisation et dépolitisation de l'objet [...] La neutralité axiologique est bien loin de caractériser ce que font réellement les juristes de l'université qui n'hésitent pas à prendre parti ou à se taire, selon qu'ils contestent ou approuvent, un choix législatif ou jurisprudentiel »⁵¹.

19. Pour autant, il importe d'essayer de tendre vers un idéal de « neutralité axiologique »⁵² - qui consiste à « expliquer une situation [...] sans prescrire ce qu'elle devrait être »⁵³. En effet, « on comprend

⁴⁵ CHEVALLIER J., LOCHAK D., *Science administrative*, Paris, PUF, 1987, p. 83 cité par BOUCOBZA I., « Neutralité et analyse critique du droit », *op. cit.*, p. 5.

⁴⁶ CATTO M.X., GIRARD C., GATÉ J., HENNETTE-VAUCHEZ S., VERGEL-TOVAR C., « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 21.

⁴⁷ *Ibid.* p. 13.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ CARAYON L., *La catégorisation des corps - étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, p. 10 ; voir aussi, HENNETTE-VAUCHEZ S., « Analyser le discours doctrinal : comment dire qu'un texte prescrit ? » in DOAT M., LE GOFF J., PEDROT P., *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universitaires de Rennes, 2007, p. 244.

⁵⁰ CARAYON L., *La catégorisation des corps - étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, p. 10 ; BERNARD A., POIRMEUR Y., « Doctrine civiliste et production normative », in CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 180 ; LOCHAK D., « La neutralité dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 293.

⁵¹ BOUCOBZA I., « Neutralité et analyse critique du droit », *op. cit.*, p. 4.

⁵² WEBER M., *Le savant et le politique*, 1959. Pour une analyse de son propos, voir notamment CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 286.

aujourd'hui essentiellement la neutralité comme une valeur méthodologique dans le cadre de démarches scientifiques»⁵⁴. C'est pourquoi l'objectivité est davantage un idéal vers lequel il faut tendre qu'un dogme⁵⁵ : le travail scientifique consiste très précisément en un effort d'objectivation⁵⁶.

20. Il ne s'agira donc pas ici de « *contribuer au bon fonctionnement de l'ordre juridique, de produire de la normativité mais de s'intéresser aux processus sociaux et politiques de production et d'application du droit [...]* »⁵⁷. Précisions toutefois que « *cette attention "au droit qui est" n'empêche pas de l'observer pour ce qu'il dit mais aussi pour ce qu'il ne dit pas, ce qui est invisible ou réduit au silence* »⁵⁸ - raison pour laquelle, on le verra, il importera d'adopter une conception large de la normativité dans le cadre de cette étude.

21. Rapportées à notre objet d'étude et à son ambition, qui est de dévoiler les logiques profondes qui sont à l'œuvre dans l'édification et la mise en œuvre du droit de la procréation, ces observations épistémologiques mènent à déconstruire la manière dont le droit de la procréation est traditionnellement présenté. On cherche, d'une part, à interroger l'idée selon laquelle il serait un droit destiné à protéger la vie et, d'autre part, celle selon laquelle le droit de la procréation s'inscrirait dans une logique des droits individuels.

22. L'idée selon laquelle le droit - et notamment le droit de la procréation - serait tout entier articulé autour d'un principe fondamental de protection de la vie sous-entend que celle-ci est protégée de manière linéaire et continue. Afin de la mettre à l'épreuve, on s'intéressera ici en premier lieu aux énoncés juridiques et à leur cohérence interne⁵⁹. La « *cohérence [interne] d'une règle peut se comprendre comme la corrélation entre le but qu'elle se fixe elle-même et les mesures qu'elle prévoit pour y parvenir* »⁶⁰. Évaluer la cohérence interne de la norme revient alors à exercer un contrôle de sa prétention à l'efficacité⁶¹, c'est-à-dire de « *de son aptitude à procurer le résultat en vue duquel [elle] a été conçu[e]* »⁶². Pour ce faire, il importe notamment d'examiner les règles mises en place par le droit positif dans le but d'assurer la concrétisation des principes de protection de la vie affichés par le

⁵³ CATTO M.X., GIRARD C., GATÉ J., HENNETTE-VAUCHEZ S., VERGEL-TOVAR C., « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *Ce que le genre fait au droit*, op. cit., p. 6.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 286.

⁵⁶ CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 286.

⁵⁷ CHEVALLIER J., « Juriste engagé(e) ? » in CHAMPEIL-DESPLATS V., FERRÉ N., ARNAUD A.J., BARUCH M.O., KERNEIS S., *Frontières du droit, critique des droits*, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak, Paris, LGDJ, 2007, p. 307.

⁵⁸ BOUCOBZA I., « Neutralité et analyse critique du droit », op. cit., p. 5.

⁵⁹ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁶⁰ CARAYON L., *La catégorisation des corps - étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse de droit privé, Paris I, Panthéon - Sorbonne, 2016 p. 13.

⁶¹ DELMAS-MARTY M., « Préface, la tragédie des trois C », in DOAT M., LE GOFF J., PEDROT P., *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, op. cit., p. 7.

⁶² JEAMMAUD A., SERVERIN E., « Évaluer le droit », *Dalloz*, 1992, p. 263.

droit. Les énoncés affirmant la protection de la vie sont souvent qualifiés de principes⁶³ par les acteurs juridiques et politiques⁶⁴, notamment car il s'agit de normes, « transversales », prétendant à la « généralité »⁶⁵ qui tendent à consacrer des « valeurs sociales englobantes [...] qui expriment une idéologie »⁶⁶. Or, pour vérifier la prétention à l'efficacité d'un principe, on peut notamment apprécier les règles - entendues ici comme des dispositions spéciales, précises et concrètes⁶⁷ édictées dans le but d'assurer sa réalisation⁶⁸. On inclura, en second lieu, dans l'analyse les discours doctrinaux qui affirment à leur tour que le droit protège la vie en tant que telle. En effet, de tels discours participent à la légitimation de l'idée selon laquelle le droit protégerait la vie, conformément au respect de lois naturelles, particulièrement en Allemagne où la doctrine est bien plus volontiers admise comme une source du droit qu'en France⁶⁹. Cela tient notamment au fait que, prétendant dépeindre et décrire le droit positif, la doctrine tend en réalité davantage à prescrire ce qu'il devrait être⁷⁰. Cette confusion, dans un champ juridique particulièrement abondant et complexe, ne peut alors que favoriser la diffusion de certains présupposés au premier rang desquels celui selon lequel le droit protège la vie de manière linéaire et continue. Il importe donc de révéler le décalage qui existe entre, d'un côté, l'existence d'un puissant discours qui affirme la protection absolue de la vie en tant que telle et, de l'autre, un corpus de dispositions juridiques qui n'assure pas cette protection.

23. Il convient également de déconstruire l'idée selon laquelle le droit de la procréation s'articulerait, à titre principal, autour de la logique des droits individuels. Le droit de la procréation est en effet présenté par de nombreux auteurs comme marqué par la consécration toujours plus

⁶³ Les présents développements n'aspirent aucunement à dégager une définition de la notion de *principe* dont il existe « presque autant de typologies que d'essais de classification ». Voir en ce sens, CAUDAL S., « Rapport introductif », in CAUDAL S., *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 9.

⁶⁴ Voir notamment, BINET J.R., « L'être humain : une personne en débat », *Juriclasser*, fascicule 10, §74, Article 16/16-14, actualisation, 4 décembre 2015 : « De l'ensemble [des autres] textes [de droit positif], s'évince donc nettement un principe général de protection de l'enfant conçu, faisant écho aux dispositions de l'article 16 du Code civil dont il résulte que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Voir en ce sens, CA Paris, 15 février 1996, cité par CC, chambre criminelle, 5 mai 1997, Bulletin criminel, n° 168. Pour plus d'exemples, voir notamment MIRKOVIC A., *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 91 et suivantes.

⁶⁵ CAUDAL S., « Rapport introductif », in CAUDAL S., *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁶ MAULIN E., « L'invention des principes », in CAUDAL S., *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁷ GÉRARD P., « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et société*, 1988, Vol. 12, n° 1, p.79 (reprenant les propos de Robert Alexy) : « Par contraste, les règles ont un caractère de précision limitative en ce sens qu'elles fixent ce qui doit être réalisé, à un certain degré, dans certaines circonstances ».

⁶⁸ CARAYON L., *La catégorisation des corps - étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, *op. cit.*, p. 13 ; JEAMMAUD A., SERVERIN E., « Évaluer le droit », *op. cit.*, p. 263.

⁶⁹ Voir notamment, MORVAN P., « La notion de doctrine », *Dalloz*, 2005, p. 2421.

⁷⁰ Sur la question de la résurgence de la fonction prescriptive de la doctrine, voir notamment HENNETTE-VAUCHEZ, « Analyser le discours doctrinal : comment dire qu'un texte prescrit ? », in DOAT M., LE GOFF J., PEDROT P., *Droit et complexité - Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, *op. cit.*, p. 239 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 13 : « Alors que les propositions méthodologiques prescriptives et descriptives se distinguent nettement du point de vue logique et analytique, elles se trouvent pourtant dans les discours des juristes souvent mêlées ».

conséquence de la liberté de procréation. C'est ainsi, selon eux, essentiellement, sous l'angle des droits subjectifs que devrait s'analyser le champ du droit de la procréation. Plus précisément, il est couramment estimé que les femmes jouissent désormais d'un « *droit à la contraception* »⁷¹, d'un « *droit à l'avortement* »⁷², voire d'un « *droit à l'enfant* »⁷³. La procréation serait donc aujourd'hui devenue, en droit, une question de choix⁷⁴. Cependant, s'il est indéniable que l'importance acquise par le droit des droits de l'homme a joué en faveur d'un renforcement des libertés procréatives, celles-ci ne sont pour autant pas, historiquement, construites comme des droits individuels. Il n'est pas nécessaire de réouvrir la question des débats théoriques complexes relatifs à la question des droits subjectifs⁷⁵ pour établir ce point. La distinction classique entre droit et liberté suffit pour établir qu'en matière procréative, peu de droits existent réellement. La liberté reçoit, on le sait, une définition juridique essentiellement négative : elle permet à un individu d'adopter les comportements qu'il souhaite, quels qu'ils soient, sous réserve qu'ils ne soient pas interdits⁷⁶. En somme, une liberté est une possibilité légale, une faculté consacrée juridiquement. Le *droit à*, en revanche, est « *un pouvoir intersubjectif qui suppose nécessairement et a minima deux personnes : le titulaire du droit qui l'exerce et le débiteur de l'obligation, auquel il est opposé* »⁷⁷. Or la majorité des options qu'offre aujourd'hui l'ordre juridique en matière procréative (contraception, AMP, avortement, etc.) ne sont précisément pas pensées comme des droits subjectifs⁷⁸. Cela s'illustre notamment par l'absence de consécration, en droit français ou allemand, de la notion de droits reproductifs. Cette notion, qui apparaît dans la sphère internationale dans les années 1960, a précisément pour ambition d'inscrire les questions reproductives dans la sphère des droits subjectifs - l'expression sous-tendant l'idée d'une consécration juridique de l'autonomie procréative des individus. Les premières ébauches juridiques de la notion remontent à la conférence de Téhéran de 1968, lorsque les prémisses d'un droit à la planification familiale apparaissent. La notion apparaît ensuite plus clairement en 1994

⁷¹ Voir notamment, LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale ? », in BAULIEU E., HÉRITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?* Paris, Odile Jacob, 1999, p. 152.

⁷² Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

⁷³ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

⁷⁴ Voir notamment, CABALLERO F., *Le droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010, p. 121. Contra : HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., « La procréation est-elle vraiment devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical », in VERGES E., *Droits, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Litec, Paris, 2011.

⁷⁵ Voir notamment, PICHARD M., *Le droit à : étude de législation française*, Paris, Economica, 2006.

⁷⁶ ROMAN D., HENNETTE-VAUCHEZ S., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013, p. 9 : Il s'agit « de la possibilité pour l'Homme d'agir et d'opérer des choix de comportement en l'absence de contraintes de nature juridique. La liberté est entérinée par l'ordre juridique [...] ».

⁷⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., « La procréation est-elle vraiment devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical », in VERGES E., *Droits, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, *op. cit.*, p. 172 : « Si la procréation et l'enfantement sont politiquement devenus une question de choix, juridiquement, ils peinent à être construits comme un droit souverain et autonome. L'autonomie personnelle n'est pas l'autodétermination, au sens radical que peut avoir ce terme ».

dans le cadre de la conférence du Caire organisée par l'ONU. Dans ce cadre, il est recommandé aux États de :

« veiller à ce que les femmes aient les moyens de maîtriser leur fécondité » et d'assurer « des programmes relatifs à la population et au développement » [ainsi que] la mise en place « des mesures appropriées pour assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, un accès universel aux services de santé, y compris ceux qui ont trait à la santé en matière de reproduction, qui comprend la planification familiale et la santé en matière de sexualité. Les programmes de santé de la reproduction devraient offrir la plus vaste gamme possible de services sans aucun recours à la contrainte. Tout couple et tout individu a le droit fondamental de décider librement et en toute responsabilité du nombre de ses enfants et de l'espacement de leur naissance, et de disposer de l'information, de l'éducation et des moyens voulus en la matière »⁷⁹.

24. L'ONU définit ensuite, en 1998, les droits reproductifs comme « *des droits possédés par toutes les personnes, leur permettant l'accès à tous les services de santé reproductive... ils incluent aussi le droit de prendre les décisions [procréatives] en étant libre de toute discrimination, violence et coercition* »⁸⁰. Cette notion est par ailleurs fortement influencée, à partir des années 1970, par une approche en termes d'égalité des sexes⁸¹. Elle est également rattachée aux objectifs de réalisation de la santé reproductive⁸², laquelle est à son tour présentée comme condition préalable de la réalisation d'un choix autonome⁸³. Dans le discours onusien, le droit d'être ou de ne pas être parent apparaît par ailleurs comme un élément central des droits reproductifs⁸⁴.

25. Cela étant, le fait que l'expression de droits reproductifs ne se retrouve pas en droit positif allemand et français - à l'exception, en France, d'un titre du Code de la santé publique qui mentionne la santé sexuelle et reproductive⁸⁵ - est un indicateur de son absence d'influence historique dans la construction des questions procréatives qui ne peuvent dès lors pas être analysées sous seul angle de l'autonomie procréative.

26. Ainsi, le présent travail entend montrer qu' à titre principal le droit de la procréation ne tend, ni à protéger la vie en tant que telle, ni à consacrer l'autonomie procréative des individus. Ce sont d'autres enjeux qui structurent le droit de la procréation en France et en Allemagne. Ces

⁷⁹ Programme d'action du Caire sur la population et le développement. Respectivement, principe 4 et principe 8.

⁸⁰ ONU 1996 cité par GAUTIER A., « Les droits reproductifs, une nouvelle génération de droits ? », *Autrepart*, 15, 2000, p. 167. Voir aussi, BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009, p. 210.

⁸¹ Voir notamment, MERCHANT J., « Féminismes américains et *reproductive rights* », *Le mouvement social*, 2003/2, n° 203, p. 57.

⁸² ONU, Programme d'action, disponible sur www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_fre.pdf point 7. 2)

⁸³ Voir aussi, ZHEN WANG G., *Reproductive Health and Gender Equality Method, Measurement and Implications*, *op. cit.*, p. 6 ; BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009, p. 210.

⁸⁴ Cette expression permet une approche unifiée et fondée autour du concept d'autonomie des questions procréatives. Voir en ce sens, VERGEL-TOVAR C., « Justice de genre et formation aux droits des femmes : étude sur quelques choix discursifs et pédagogiques en Amérique latine », in CHAMPEIL-DESPLATS V., *Pédagogie et droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2016, p. 115.

⁸⁵ Le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes de 2014 tente timidement d'ébaucher la notion. La question de son éventuelle intégration en droit français semble connaître peut-être une nouvelle actualité. Voir sur ce point : AYRAULT M., VALLAUD-BELKACEM, *Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, n° 717, 2012-2013, exposé des motifs, p. 5 : « *Le remboursement à 100% de l'IVG est présenté comme une mesure visant à garantir les droits reproductifs et sexuels des femmes* ».

enjeux sont en lien avec l'exercice d'un pouvoir qui s'exerce sur la vie car, *in fine*, « soulever le voile, c'est comprendre ce qui fait la nature réelle du droit : il n'est pas autre chose que le pouvoir »⁸⁶.

§3. Proposer une nouvelle grille d'analyse du droit de la procréation

27. La logique des droits individuels ou le paradigme du droit à la vie suffisent-ils réellement à comprendre les soubassements du droit de la procréation ? Permettent-ils de comprendre qu'après 12 semaines de gestation, le droit à la vie de l'embryon - jusqu'alors considéré comme s'effaçant devant le droit à l'autodétermination de la femme enceinte - retrouve tout d'un coup sa pleine primauté ? Ou que, si l'être conçu est atteint d'une affection d'une particulière gravité, l'avortement soit possible jusqu'à l'accouchement ? Que l'AMP ne soit remboursée par la sécurité sociale allemande que pour autant qu'elle concerne un couple hétérosexuel ou encore que la gestation pour autrui ne soit pas autorisée mais qu'elle fasse l'objet d'aménagements toujours plus favorables à sa réalisation à l'étranger ? En les abordant de manière segmentée - c'est-à-dire en traitant chaque question de façon indépendante - une réponse à ces questions peut très probablement être formulée sous l'angle de la *conciliation* des droits individuels. Mais cette perspective morcelée n'échoue-t-elle pas à saisir les ressorts profonds du droit de la procréation ? Sommes-nous condamnés à dire que « la procréation fait l'objet [...] d'une démarche [...] réactive »,⁸⁷ ce qui signifie que « réagissant au cas par cas, le droit n'a pas pu définir de principes directeurs homogènes »⁸⁸ ? La présente étude entend précisément montrer qu'il existe des logiques communes à la réglementation des différentes questions procréatives. L'hypothèse de travail est que, en France comme en Allemagne, il y a un intérêt à chercher à identifier la mesure dans laquelle le droit de la procréation est un des lieux d'exercice d'une forme singulière de pouvoir qui s'exerce sur la vie. La juridicisation des questions procréatives peut en effet être analysée à l'aune du concept de biopouvoir théorisé par Michel FOUCAULT. Plus exactement, le droit de la procréation peut être perçu comme un des lieux d'expression de ce biopouvoir, comme l'un de ses vecteurs, la vie étant alors appréhendée comme un *objet* sur lequel s'exerce le pouvoir politique (A). Sur cette base, l'analyse cherchera à démontrer que cet *objet* n'est pas toujours appréhendé de manière uniforme par le droit. Bien plus qu'elle n'est une valeur univoque/uniforme ou un donné que la règle juridique se devrait de protéger, on soutiendra ici que la vie tend à être modelée, transformée, *normalisée* par le droit, qui favorise avant

⁸⁶ TROPER M., « Kelsen, la science du droit, le pouvoir », *Critique*, n° 642, 2000, p. 939 cité par BOUCOBZA I., « Neutralité et analyse critique du droit », *op. cit.*, p. 10.

⁸⁷ LETTERON R., COLLIARD C.A., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2005, p. 342.

⁸⁸ *Ibid.*

tout la production de *certaines formes de vie*, celles qui sont conformes à une certaine conception de la *normalité*, de la *vie bonne* (B).

A. Un concept opératoire : le biopouvoir

28. Les études relatives à la biopolitique partent toutes de l'hypothèse selon laquelle à l'âge moderne, le pouvoir politique aurait investi la vie de part en part. Un tel point de départ permet alors d'expliquer que l'État intervienne dans un domaine pourtant aussi intime que celui de la procréation - celle-ci étant la condition *sine qua non* de la création de la vie⁸⁹. Tout particulièrement, les thèses de Michel FOUCAULT (1) et de Giorgio AGAMBEN (2) sur le biopouvoir fournissent un cadre d'analyse utile pour comprendre les logiques profondes du droit de la procréation⁹⁰ : à l'aune de ces deux thèses, celui-ci peut en effet être perçu comme servant des considérations collectives, historiquement en lien avec la survie de la population, voire de l'État lui-même, et non la protection *individualisée* de la seule vie biologique.

1. Le biopouvoir chez Michel FOUCAULT au service du maintien de la population

29. Selon Michel FOUCAULT, pendant longtemps, la relation existant entre le pouvoir et la vie s'est principalement traduite par l'existence d'un droit de vie et de mort *absolu* du souverain sur ses sujets⁹¹. En somme, la vie des individus appartient au souverain. L'œuvre de FOUCAULT tend cependant à souligner qu'à partir de ce qu'il nomme l'âge classique (à partir du 17^{ème} siècle), ce pouvoir s'affaiblit : il n'est plus conçu comme inconditionnel et ne s'exerce plus que dans les seuls cas où l'existence du souverain se trouve exposée. Un droit *direct* de *vie et de mort* ne persiste que lorsque l'un des sujets se dresse contre lui en enfreignant la loi (la peine capitale) ou en cas de menace extérieure pour sa vie ou son royaume (le contrôle militaire). Dans de tels cas de figure, il dispose toujours d'un droit de *faire mourir* et de *laisser vivre*⁹² les individus. Toutefois, à partir du 19^{ème} siècle, le paradigme du pouvoir moderne se transforme⁹³ : ce pouvoir de *faire mourir* s'affaiblit tandis qu'un pouvoir qui « *s'exerce positivement sur la vie, qui entreprend de la gérer, de la majorer, de la multiplier,*

⁸⁹ Les théories du contrat social tracent, en effet, dès le 18^{ème} siècle, les contours de la relation qui existe entre l'État et la vie. Selon HOBBS, le souverain détient un droit de vie et de mort sur ses sujets. Ce pouvoir lui est transféré afin qu'il garantisse leur sécurité et leur vie. Le droit de vie et de mort, présent à l'état de nature puisque chacun peut conserver sa vie au prix de celles des autres, est transféré au souverain qui garantit alors la sécurité et la vie des citoyens. C'est, dès lors, la volonté de sauvegarder la vie qui serait au fondement même des communautés politiques - HOBBS T., *Le Léviathan*, Livre I XIII Paris, Folio, 2000.

⁹⁰ En ce sens, BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, p. 37 notamment.

⁹¹ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 177.

⁹² *Ibid.*, p. 178.

⁹³ *Ibid.*, p. 179 : « Cette mort qui se fondait sur le droit du souverain de se défendre ou de demander qu'on le défende va apparaître comme le simple envers du droit pour le corps social d'assurer la vie, de la maintenir ou de la développer ».

d'exercer sur elle des contrôles précis et des régulations d'ensemble »⁹⁴ se renforce⁹⁵. L'existence en jeu n'est plus « celle juridique du souverain, comme autrefois, mais celle biologique d'une population »⁹⁶. Au vieux droit de faire mourir et de laisser vivre se substituerait alors un pouvoir de laisser mourir et de faire vivre car « la plus haute fonction du pouvoir est désormais d'investir la vie de part en part »⁹⁷. Le biopouvoir désigne ce nouveau pouvoir de faire vivre qui peut être défini comme un mode de « gestion, de majoration et de multiplication »⁹⁸ de la vie. Ainsi, Michel FOUCAULT oppose le droit de mort du souverain au biopouvoir dont l'objet est d'investir la vie et l'intensifier⁹⁹. Il associe l'invention du biopouvoir à l'émergence d'un nouveau « personnage politique »¹⁰⁰ : la population. Il s'agit d'un « grand corps vivant »¹⁰¹ qui a ses propres mécanismes vitaux, ses flux, sa dynamique de croissance et décroissance, ses maladies et épidémies, sa santé, sa productivité, etc. Cette transformation des objets sur lesquels s'exerce le pouvoir politique va de pair avec des transformations des manifestations de ce dernier. En effet, pour réguler la population, les anciens mécanismes juridiques, tels que la sanction et l'interdiction, apparaissent inadaptés. Apparaissent ainsi d'autres techniques de gouvernement, plus subtiles¹⁰². Le biopouvoir marque ainsi une nette opposition entre l'ancien pouvoir vertical du souverain qui agit par le biais de sanctions et d'interdits juridiques, et un pouvoir horizontal, plus social qui s'exerce par des technologies politiques plus subtiles et incitatives¹⁰³. Aux traditionnelles techniques de pouvoir, qui entendent, à l'instar par exemple du droit pénal, « déterminer la conduite des individus »¹⁰⁴ c'est-à-dire leur imposer par la contrainte un certain type de comportement, s'ajoutent d'autres mécanismes de gestion de la vie. Le biopouvoir s'exerce notamment par le biais de techniques de soi, c'est-à-dire par des procédures de subjectivation par lesquelles différents types d'injonctions vont être directement intégrés et rejoués par l'individu lui-même¹⁰⁵. L'objectif est ainsi de lui faire intégrer, sans contrainte, un certain nombre d'impératifs. Ces techniques entendent ainsi orienter son comportement - mais non l'imposer - en incitant notamment l'individu

⁹⁴ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 179.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 183.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 180 : pouvoir qui « s'exerce positivement sur la vie, qui entreprend de la gérer, de la majorer, de la multiplier, d'exercer sur elle des contrôles précis et des régulations d'ensemble »

⁹⁹ Par l'intervention dans le champ de la santé, de l'hygiène, de la sécurité, cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

¹⁰⁰ GRENIER J.Y., ORLEAN A., « Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme », *Annales, histoire, sciences sociales*, 2007/5, 62^{ème} année, p. 242.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Voir aussi, BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 33.

¹⁰³ Telles que la médecine, l'économie politique, la démographie, etc.

¹⁰⁴ Définition de Michel Foucault cité par LE TEXIER T., « Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernementalité managériale », *Revue de philosophie économique*, 2011/2, volume 12.

¹⁰⁵ En dehors du cadre foucauldien, voir notamment : ROSE N., RABINOW P., « Biopower today », *Biosocieties*, 2006, 1, p. 195 : avec les techniques de soi « les sujets travaillent sur eux même sous certaines formes d'autorité en relation à certains discours de vérité par le moyen de techniques de soi, au nom de la vie ou de la santé d'eux-mêmes, de leur famille ou d'un autre collectif voire au nom de la vie d'une population tout entière ».

à l'autocontrôle ou au contrôle de soi¹⁰⁶. Il s'agit d'un « cadre à l'intérieur duquel les individus s'approprient les objets et les discours proposés et réalisent leur propre assujettissement »¹⁰⁷. En ce sens, Dominique MEMMI parle de gestion des corps par l'autocontrôle, décrivant un pouvoir qui s'exerce moins sur les masses que sur et par les individus¹⁰⁸.

30. L'exercice du biopouvoir se caractérise ainsi par une modification des techniques de gestion de la vie afin de protéger non plus « l'existence juridique du souverain » mais le « maintien de la population ». La vie est donc un *objet* que le pouvoir peut manipuler, moduler et sur lequel peuvent s'exercer différents examens et vérifications¹⁰⁹ afin que soit assurée la survie de la population¹¹⁰. En somme, « il s'agit d'investir le pouvoir au cœur de la vie, de mieux la contrôler pour faire émerger encore plus de vie »¹¹¹. À première vue, le biopouvoir cherche à assurer le développement de la vie, dans une approche *quantitative* et ce, afin d'assurer la pérennité de la population puisque « le pouvoir [...] d'une manière générale, a toujours besoin de la vie pour exister »¹¹². Partant, si l'on considère que le droit - en particulier dans le domaine procréatif, haut lieu de la production de la vie - est un vecteur du biopouvoir, alors il faut considérer que le droit cherche aussi à investir la vie de part en part, à des fins *quantitatives*, pour assurer le *maintien de la population*. Toutefois, si cette clé de lecture permet à la fois d'expliquer la montée en puissance de la juridicisation des questions procréatives et certains éléments de son contenu¹¹³ elle ne suffit pas à expliquer, de manière unifiée, les logiques profondes du droit de la procréation. Pourquoi, par exemple, admettre l'interruption médicale de grossesse sans aucun délai pour indication fœtale - c'est-à-dire la destruction de la vie anténatale affectée de certaines anomalies jusqu'à l'accouchement - alors même qu'elle ne sert pas le développement de la vie ? À l'inverse, pourquoi ne pas encourager le recours, pour tous, aux techniques d'assistance médicale à la procréation alors même qu'elles servent précisément le développement de la vie ? À l'aune de ces questions, il apparaît que les analyses de Michel FOUCAULT peuvent être prolongées par celles de Giorgio AGAMBEN. En effet, là où Michel FOUCAULT considère que le pouvoir s'exerce désormais dans le but de *maintenir la population de faire vivre*, d'assurer la sauvegarde la vie

¹⁰⁶ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, 2003 ; HARDT M., NEGRI A., *L'empire*, Paris, Exils, 2000, p. 48 : ces techniques « se font toujours plus démocratiques, toujours plus immanentes au champ social diffusé dans le cerveau et le corps des citoyens »

¹⁰⁷ WRIGHT O., « Norme, normalité et normalisation chez Michel Foucault », disponible sur le site d'Olivier Wright, 2014, p. 12.

¹⁰⁸ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir - le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris, La découverte, 2003.

¹⁰⁹ « (Un) donné sur lequel le pouvoir agit » selon RUELLE C., « Population, milieu et normes », *Labyrinthe*, 22/2005, 27-34, §1.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 180.

¹¹¹ RUELLE C., « Population, milieu et normes », *Labyrinthe*, 22/2005, 27-34, §1.

¹¹² *Ibid.* §2.

¹¹³ À l'instar, par exemple, de la limitation historique du recours à la contraception ou à l'avortement à des fins démographiques, la limitation des dérives eugéniques susceptibles de nuire au développement de la vie, ou encore l'autorisation croissante des techniques d'assistance médicale à la procréation.

quelle qu'elle soit, Giorgio AGAMBEN estime que l'exercice du biopouvoir suppose que la vie soit *politisée*¹¹⁴. Ce n'est donc pas, pour lui, la vie *en tant que telle* qui intéresse le pouvoir mais seulement certaines formes de vie - en tant qu'elles convergent autour d'un standard de la *vie bonne*. Un tel cadre analytique permet de faire progresser la réflexion sur la manière dont l'État, par le biais du droit de la procréation, favorise la production de certaines formes de vie.

2. Le biopouvoir chez Giorgio AGAMBEN au service de la politisation du vivant

31. Selon Giorgio AGAMBEN, la vie est certes l'objet du pouvoir politique mais le pouvoir tend à transformer cette vie : à convertir le vivant en *vie politique*¹¹⁵. Pour saisir ce phénomène de *politisation de la vie*, Giorgio AGAMBEN revient à une distinction déjà présente dans l'œuvre d'Aristote¹¹⁶ entre deux formes de vie. Il revisite ainsi la distinction entre d'une part, *zoe*, soit la seule vie naturelle, la vie *nue*¹¹⁷, c'est-à-dire le fait de vivre commun à tous les êtres vivants¹¹⁸, et d'autre part *bios*, soit « *la vie politiquement qualifiée* », c'est-à-dire la vie qui correspond à une façon de vivre propre à un groupe, à la vie sociale, dans la - ou en - société¹¹⁹. *Bios* se rattache donc à un mode de vie particulier¹²⁰. La vie axiologiquement chargée, ou politiquement valorisée, s'oppose ainsi au seul fait de vivre¹²¹. Pour Giorgio AGAMBEN, dans le monde classique, la vie naturelle (*zoe*) est exclue de la sphère politique qui ne se constitue que par son *éviction* ou sa *transformation* en vie politique. Dès lors, ce qui caractérise le pouvoir moderne, c'est qu'il cherche constamment à transformer la vie naturelle (*zoe*) afin de l'investir de *bios*¹²². C'est cette transformation que Giorgio

¹¹⁴ LAZZARATO M., « Du biopouvoir à la biopolitique », *Multitudes 1*, mars 2000. L'auteur tend, lui aussi, à lier les thèses de Michel Foucault et de Giorgio Agamben.

¹¹⁵ FOUCAULT M., « Sécurité, territoire, population », Cour au collège de France, Hautes Études, EHESS, 2004, p. 3 : Michel Foucault définissait en effet le biopouvoir comme « *l'ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir* ». Voir aussi, TAIEB E., « Avant-propos : du biopouvoir au thanatopouvoir », *Quaderni*, n° 62, Hiver 2006-2007, p. 11, disponible sur http://www.persee.fr/doc/quad_0987-1381_2006_num_62_1_1697 : Le biopouvoir correspondrait alors à « *la découverte que le vivant peut et doit être politisé* ».

¹¹⁶ Voir aussi, ARENDT H., *La Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1961, p. 110 ; ARISTOTE, *De Generatione animalium*, II, 3, 736b ou *Historia animalium*, I, 1, 487a. Mais il semble que tous les auteurs ne s'entendent pas sur le sens de ces termes. Voir sur ce point, DUBREUIL L., « De la vie dans la vie : sur une étrange opposition entre zôê et bios », *Labyrinthe*, 22/2005, 47-52. Voir aussi, KARAFYLLIS N.C., « Bios und Zoe », in KIRCHHOFF T., *Naturphilosophische Grundbegriffe*, www.naturphilosophie.org, 2012.

¹¹⁷ Voir aussi, BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, 2016, p. 11.

¹¹⁸ Hannah Arendt, elle, oppose *zoe* - la vie de toutes les espèces humaines - à *bios* - la vie humaine. Voir sur ce point, DELMAS-MARTY M., « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC*, 201 p. 495 et, surtout, ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, 1958 - version publiée de 2002 par Angèle Kremer Marietti, Paris, Nathan.

¹¹⁹ AGAMBEN G., *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1998, p. 9 : « *Les Grecs ne disposaient pas d'un terme unique pour exprimer ce que nous entendons par le mot vie. Ils se servaient de deux mots [...] : zôê, qui exprimait le simple fait de vivre, commun à tous les êtres vivants (animaux, hommes ou dieux), et bios, qui indiquait la forme ou la façon de vivre propre à un individu ou à un groupe* ».

¹²⁰ En grec, *Zôê* et *bios* signifient tous deux la « vie » mais *zôê* s'entend du simple fait de vivre et *bios* de la façon de vivre.

¹²¹ *Ibid.*, p. 10.

¹²² AGAMBEN G., *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue, op. cit.*, p. 15.

AGAMBEN qualifie de « *politisation de la vie naturelle* »¹²³. Dans cette perspective, le biopouvoir tend à transformer la vie *nue, naturelle* (*zoe*) en vie *politique, bonne* (*bios*).

32. Ainsi, tandis que Michel FOUCAULT insiste sur le *maintien de la population* qu'induit l'exercice du biopouvoir, Giorgio AGAMBEN insiste sur la *politisation du vivant* qu'il implique. Ces deux thèses peuvent naturellement être liées l'une à l'autre : en effet le processus de *politisation du vivant* - qui entend transformer la vie *nue* en vie *bonne* - peut-être analysé comme le pendant *qualitatif* de l'objectif biopolitique identifié par Michel FOUCAULT¹²⁴, relatif au *maintien biologique de la population*. La survie *biologique* de toute la population doit être assurée (FOUCAULT), tandis qu'un processus de *politisation* assure, en parallèle, la pérennité de certaines vies au sein de cette population - la vie *bonne* (AGAMBEN). Pour le dire en d'autres termes : le biopouvoir - pouvoir qui s'exerce positivement sur la vie pour assurer le *maintien de la population* et *faire vivre* - n'entend en réalité pas *faire vivre* toutes les formes de vie mais principalement *bios*, puisque le biopouvoir participe de la *politisation du vivant*, c'est-à-dire la transformation de *zoe* en *bios*. Cette *politisation du vivant* intrinsèque au biopouvoir illustre alors la manière contemporaine dont s'exerce le pouvoir politique qui n'entend pas accorder la même protection à toutes les formes de vie. La mise en œuvre du biopouvoir tend à *politiser* la vie, à transformer *zoe* en *bios*, à conformer la *vie nue* à l'aune de certains standards de la *vie bonne* (formes de vie conformes à une certaine conception de la normalité) - et donc à normaliser la vie. Les analyses de ces deux auteurs fournissent alors un support utile à la remise en question de l'idée selon laquelle le droit protégerait la vie ou qu'une telle protection serait désormais au fondement des ordres juridiques démocratiques contemporains, et notamment des ordres juridiques français et allemand. En effet, si le pouvoir n'entend pas protéger toutes les formes de vie de la même manière mais avant tout assurer la transformation de *zoe* en *bios*, le droit - vecteur de ce pouvoir - ne saurait dès lors être regardé comme permettant de sauvegarder la vie *en tant que telle*, ni en France, ni en Allemagne.

B. Une clé de lecture du droit de la procréation : la normalisation de la vie

33. L'hypothèse principale de la présente thèse est ainsi que le droit de la procréation, vecteur du biopouvoir, ne cherche pas tant la protection de *zoe* que la production de *bios*. L'objectif est ainsi de montrer que le droit est un vecteur du biopouvoir, et qu'en cette qualité, il n'organise pas tant la protection de la *vie en tant que telle* à des fins *quantitatives* - le *maintien de la population* - mais procède, de manière bien plutôt qualitative, à une *normalisation* du vivant, c'est-à-dire à une

¹²³ GENEL K., « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben », *Methodos - savoirs et textes*, 4/2004.

¹²⁴ BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 37 : « L'approche ne termes de biopolitique met également en lumière, plus qu'en bioéthique au sens strict, la dimension collective des phénomènes ».

transformation de *zoe* en *bios* qui tend à créer de la *vie bonne* à l'aune d'une certaine conception de la normalité (1). En ce sens, et conformément au cadre épistémologique présenté plus haut, le travail est pour partie un travail de dévoilement de ces mécanismes de *normalisation* qui sont souvent *invisibilisés* par le droit lui-même. À cet égard, la démarche comparative paraît particulièrement heuristique, constituant un levier déterminant de cette opération de dévoilement (2).

1. Le droit de la procréation comme vecteur d'un biopouvoir normalisateur

34. En admettant que le droit, en général, et le droit de la procréation, en particulier, sont des vecteurs du biopouvoir¹²⁵, les concepts de Michel FOUCAULT et de Giorgio AGAMBEN nous permettent alors de formuler l'hypothèse suivante : le droit de la procréation sert la transformation de *zoe* en *bios*. La transformation de *zoe* en *bios* est ici qualifiée de processus de *normalisation*. Le droit de la procréation n'entend pas protéger *zoe*, entendue ici comme la vie *en tant que telle*, la vie *nue*, toute forme de vie humaine - allant des toutes premières cellules humaines à la personne en état végétatif - mais à favoriser la création de *bios*, entendue ici comme « *une façon de vivre* »¹²⁶ ou la « *vie bonne* »¹²⁷, et qui comprend de très nombreuses composantes. Il n'y a, en effet, pas *une* seule forme de vie *bonne* ; il s'agit bien plutôt d'un standard qui se décline différemment selon les champs étudiés¹²⁸. La variété de ces déclinaisons est liée à la variété des façons de la concevoir comme bonne¹²⁹. Dans le champ qui nous occupe ici, l'analyse nous mène à considérer que la vie *bonne* correspond à une certaine conception de la normalité familiale, physique et mentale. Notre étude se fonde, en effet, sur l'hypothèse selon laquelle c'est avant tout une certaine conception de la famille que les ordres juridiques français et allemand protègent, voire produisent. Une telle conception de la famille repose en particulier sur la définition (et la production) des figures du *bon* parent et du *bon* enfant. En d'autres termes, la thèse cherche à démontrer que la normalisation de la vie que véhicule le droit de la procréation passe notamment par la mise en œuvre d'une *normalisation* de la parenté et d'une *normalisation* de la vie. La *bonne* parenté comme la *bonne* vie de l'enfant semblent être celles qui respectent le modèle de la famille traditionnelle mais également celles qui sont dénuées de maladies

¹²⁵ C'est en droit de la bioéthique que l'expression du biopouvoir est la plus visible, comme le montrent indirectement : NAPOLI P., « Sur le droit et la vie », *Multitudes* 1, mars 2000 ; LAZZARATO M., « Du biopouvoir à la biopolitique », *Multitudes* 1, mars 2000.

¹²⁶ AGAMBEN G., *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁷ Au-delà de la définition donnée par Giorgio Agamben, voir aussi, BUTLER J., *Qu'est-ce qu'une vie bonne ?*, Paris, Payot, 2014 ; FASSIN D., *La vie - mode d'emploi critique*, Paris, Seuil, 2018.

¹²⁸ Par exemple, la vie de l'être né mais non reconnu à l'état civil ne sera que vie nue au regard du droit civil dans la mesure où il ne l'appréhende pas comme « vie qualifiée » mais pas au regard du droit pénal qui lui la protège en tant que *vie bonne*.

¹²⁹ Par exemple, BUTLER J., *Qu'est-ce que la vie bonne ?*, *op. cit.*, p. 62 : la vie *bonne* « est une expression qui relève d'une formulation aristotélicienne passée de mode et articulée à des formes de conduite morale individualiste » qu'elle définit ensuite comme « vies qui méritent qu'on porte le deuil ».

ou de handicaps graves. Ces processus de normalisation tendent toutefois à être invisibilisés par le droit.

2. Le droit de la procréation comme vecteur *invisibilisé* d'un biopouvoir normalisateur

35. La vérification de cette hypothèse passe nécessairement par un travail de dévoilement, dans la mesure où le droit invisibilise très largement la mise en œuvre de ces processus de normalisation opérés par le biopouvoir (a). La comparaison joue, de ce point de vue, un rôle essentiel (b).

a. L'invisibilisation de la normalisation par le droit

36. Comme l'expose Michel FOUCAULT, le biopouvoir agit de manière diffuse et variée, n'étant pas nécessairement mis en œuvre par les mécanismes classiques de la contrainte (le droit pénal), mais par des techniques juridiques et sociales plus subtiles. Comme le souligne Dominique MEMMI, « l'action publique, là où elle va toucher les conduites en apparence les plus privées, en l'espèce les pratiques corporelles »¹³⁰ se fonde sur des « procédures d'intervention [qui ont été] profondément modifiées : à côté des modes habituels de commandement politiques, directs, visibles, étiquetés comme "publics" ou "politiques", on voit apparaître ou se multiplier des modes de régulations indirects cachés et dont la nature politique ou étatique est volontiers déniée »¹³¹. Cela tend alors à *invisibiliser* la mise en œuvre de ces processus de normalisation. Cette invisibilisation s'explique notamment par le fait que la normalisation de la vie cherche la production de *bios*, par hypothèse, au détriment de la sauvegarde de *zoé*. Partant, la normalisation contredit quelque peu l'affirmation selon laquelle c'est la vie *en tant que telle* que l'État cherche à protéger. Or, si le droit tend toujours, dans une certaine mesure, à *normaliser* les comportements individuels - l'une de ses fonctions premières étant de créer des standards de comportements -, la normalisation qui opère dans le domaine procréatif est spécifique car *a priori* contraire aux finalités du droit de la procréation se fixe : protéger la vie, l'être humain et garantir contre toute dérive (et ce, tout en organisant une conciliation adaptée entre ces finalités et la possibilité offerte aux individus de faire des choix procréatifs). Les ordres juridiques français et allemand affirment, en effet, protéger *zoé*, de sorte que l'encadrement juridique de la procréation est présenté comme empêchant la mise en œuvre d'une normalisation susceptible de nuire à la *vie nue*. Notre étude fait toutefois le pari qu'il est possible de mettre ces normalisations à jour. À ces fins, il importe d'observer que la conversion de *zoé* en *bios* peut en effet être réalisée avec différents degrés de

¹³⁰ MEMMI D., « Vers une confession laïque - la nouvelle administration étatique des corps », *op. cit.*, p. 4.

¹³¹ *Ibid.*

contrainte ; cette conversion peut, en d'autres termes, être plus ou moins imposée par l'État. Il importe de distinguer entre deux types de normalisation.

37. D'une part, la conversion peut être imposée par l'État. Dans ce cas, en traçant ici un parallèle avec l'analyse foucauldienne, il est possible de dire que la *politisation du vivant* intervient par le biais de *techniques de pouvoir*, c'est-à-dire sommairement la contrainte exercée par le droit¹³².

38. D'autre part, la conversion n'est pas formellement et directement imposée par l'État mais il encourage fortement sa mise en œuvre¹³³. C'est une forme *indirecte* ou *quasi-directe* de *politisation*. Les mécanismes peuvent être alors plus ou moins incitatifs, allant de la sanction pénale à la simple campagne de prévention. Lorsque la *normalisation* est exercée de manière indirecte, il n'est pas rare que son exercice soit délégué¹³⁴, que ce soit aux individus eux-mêmes ou à certains corps professionnels considérés comme particulièrement compétents en la matière¹³⁵. En traçant à nouveau un parallèle avec l'analyse foucauldienne, il est possible de dire que, dans ce cas de figure, la normalisation du vivant intervient par le biais de *techniques de soi*. Le contrôle ne se réalise plus par les traditionnels mécanismes de la sanction et de la contrainte mais par des mécanismes plus diffus, tels que la *subjectivation* - c'est à dire sommairement des incitations qui permettent l'intériorisation par les individus des contraintes sociales.

39. Il sera alors possible d'observer qu'aujourd'hui la normalisation du vivant - tant de la parenté que de la vie anténatale - opère souvent par une *indirecte* ; raison pour laquelle elle est plus difficile à percevoir. En ce sens, ouvrir la boîte noire du biopouvoir et observer la multitude d'outils qui la composent permet de *dévoiler* les mécanismes de normalisation qu'il met en œuvre *via*, notamment, le droit de la procréation.

40. Précisons toutefois que ce n'est pas une analyse de théorie politique qu'il s'agit de mener ici, mais bien une étude juridique. Ce n'est dès lors pas du statut du droit et de la norme chez Michel FOUCAULT ou Giorgio AGAMBEN dont il est question¹³⁶. Bien différemment, on entend ici proposer une lecture du cadre juridique applicable à la procréation à l'aune du concept de biopouvoir. Plus avant, on prend appui sur la puissance problématisante des notions de biopouvoir, de *zoe* et de *bios*,

¹³² Par exemple, le droit français de l'AMP *interdit* aux couples homosexuels l'accès à l'AMP.

¹³³ Sur la fonction promotionnelle du droit, voir notamment BOBBIO N., *De la structure à la fonction - Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p. 41 et p. 52 : « *Techniques d'encouragement* ».

¹³⁴ Sur la notion de biopolitique déléguée - cf. *infra* et MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir - le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*

¹³⁵ Le corps médical principalement ; cf. *infra* (introduction).

¹³⁶ Sur cette question, voir notamment ALVES DA FONSECA M., *Michel Foucault et le droit*, Paris, Harmattan, 2014 ; MAZABRAUD B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010/2, n° 42, p. 192 ; CHEVALLIER P., « Michel Foucault et la question du droit », *Raison publique*, 2013 ; RENAUT A., SOSOE L., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 54 ; ZARKA Y-C., « Foucault et l'histoire de la subjectivité. Le moment moderne », *Archives de Philosophie*, 2002, vol. 65, p. 26.

pour porter un nouveau regard sur le droit de la procréation. Ainsi, même si ces théories servent de point de départ à nos analyses, on s'autorise ici à s'en distancier et à se réapproprier les concepts et analyses grâce auxquels elles se déploient, et ce, afin de construire notre propre démarche critique, réalisée notamment à l'aide de l'outil de la comparaison entre les droits français et allemand.

b. Les outils permettant le dévoilement de processus de *normalisation*

41. La *comparaison*, tant dans l'espace (**aa**) que dans le temps (**bb**), est un outil utile au *dévoilement* de la normalisation induite par le droit de la procréation. La comparaison des droits français et allemand est ici utilisée comme un outil critique visant au dévoilement des processus de normalisation en droit de la procréation. Ce dévoilement suppose également une acception large de la notion de normativité (**cc**).

aa. La comparaison entre la France et l'Allemagne comme outil critique

42. La comparaison permet notamment de mettre en lumière la pluralité des modes d'expression du biopouvoir - et de la normalisation - qui tendent à jouer de manière diffuse et latente, s'adaptant au contexte (bio)politique de chaque État. Ici, le choix de l'Allemagne permet tout particulièrement de souligner le caractère pluriel et diffus - mais néanmoins présent - de l'exercice du biopouvoir. En effet, en Allemagne, le contexte historique influence considérablement la manière dont l'ordre juridique appréhende la procréation. Il explique que le droit à la vie soit situé au sommet de la hiérarchie des normes et même pensé comme une valeur de l'ordre juridique dont le respect s'impose aux pouvoirs publics¹³⁷. Le contexte historique allemand explique également que ce soit la vie sous toutes ses formes qui est présentée comme devant être garantie par ce droit¹³⁸, toute forme de distinction entre différentes formes de vie rappelant dangereusement la doctrine eugénique nazie. Il explique, de plus, que la légitimité de l'État à intervenir dans un domaine aussi intime que celui de la procréation soit plus contestée qu'en France¹³⁹. Cela explique, en retour, que le droit allemand de la bioéthique en général, et de procréation en particulier, soit principalement régi par de grands - et rares - principes pénaux et constitutionnels, l'arsenal législatif et réglementaire apparaissant, quant à lui, singulièrement pauvre et clairsemé par rapport à ce qui se donne à voir en France. L'ensemble de ces éléments contextuels et structurels pourrait laisser penser qu'en Allemagne plus qu'ailleurs, c'est bien la vie en tant que telle (*ζοε*, la vie nue) que le droit protège - et que l'hypothèse d'une contribution du

¹³⁷ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

¹³⁸ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

¹³⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

droit à un processus de normalisation de la vie n'y sera pas vérifiée. Trois facteurs pourraient, *prima facie*, nourrir une telle hypothèse. En premier lieu, il est incontestable qu'en Allemagne, la vie est présentée comme une valeur fondamentale de l'ordre juridique dès sa conception. Le droit de la procréation y est, en second lieu, largement structuré autour du paradigme des droits fondamentaux et de leur protection. Enfin, le contexte historique et politique laisse peu de place à l'intervention étatique dans le domaine de la procréation. Au total, la primauté juridiquement accordée à la protection de *zoe* devrait notamment empêcher toute forme de normalisation. Pourtant - et c'est là tout l'intérêt de la comparaison avec la France -, des processus de conversion de *zoe* en *bios* peuvent malgré tout être identifiés. Ils sont certes moins visibles qu'en France, et y sont réalisés de manière plus indirecte, mais ils n'en sont pas moins présents. Les processus ne sont ainsi pas activés avec le même degré de contrainte, ce qui s'explique en grande partie par des contextes historiques, sociaux et politiques divergents - mais ils existent malgré tout dans les deux pays. Pour être en mesure de le constater, l'objet de la comparaison doit être vaste¹⁴⁰. En particulier, si les dispositions du droit positif de chaque ordre juridique doivent bien sûr être incluses dans l'analyse comparative, il en va de même de leurs « *formants* »¹⁴¹, c'est-à-dire les éléments qui participent à la formation et à l'interprétation du droit positif. Sont ainsi intégrés à l'analyse l'ensemble des discours juridiques qui accompagnent les textes juridiques. En amont, on inclut ainsi les discours parlementaires qui président à l'élaboration du droit positif, voire, à titre incident, un certain nombre de discours politiques qui les accompagnent. En aval, on intègre les discours doctrinaux, en tant qu'ils expliquent, analysent, interprètent, voire (dé)légitiment le droit positif. Par ailleurs, il importe d'accorder une place importante au contexte dans lequel s'expriment les différents discours juridiques¹⁴² pour bien prendre en compte la complexité du phénomène juridique¹⁴³ et son « *sous-texte culturel* »¹⁴⁴. Cela implique ainsi aussi de s'intéresser à la manière dont le droit a été construit et justifié en France et en Allemagne.

¹⁴⁰ De manière générale, l'objet de la comparaison ne peut pas se cantonner à une étude du droit positif en vigueur. Voir sur ce point, SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991, p. 33.

¹⁴¹ SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴² Sur ce point, LEGRAND P., « Comparative legal studies and commitment to theory », *MLR*, Vol. 58, 1995. L'auteur insiste sur la dimension culturelle des dispositions juridiques. Voir aussi, GIRARD C., *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 26. Voir aussi, PONTTHOREAU M.C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *op. cit.*, p. 27. Voir aussi TUSSEAU G., « Sur le métalangage du comparatiste - de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 21/2013, §49.

¹⁴³ JALUZOT B., « Méthodologie du droit comparé, Bilan et perspectives », *RIDC*, 1-2005, p. 40. Voir aussi, les propos d'Élisabeth ZOLLER cités par PONTTHOREAU M.C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, Vol. 57, n° 1, 2005, p. 25.

¹⁴⁴ MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, 52-3, p. 518.

43. Enfin, la comparaison est aussi utilisée ici comme outil général de connaissance du droit¹⁴⁵. En effet, le droit comparé produit des effets « réactifs »¹⁴⁶, dans la mesure où c'est aussi le système juridique auquel le comparatiste appartient qu'il permet de mieux pénétrer : « On entre grâce au droit comparé et à la distance qu'il ménage entre l'objet et le sujet de la connaissance dans une plus grande intelligence du droit français lui-même »¹⁴⁷. Notre approche comparative peut, dès lors, très certainement être entendue comme outil de connaissance du droit en général et s'inscrire dans une conception « que l'on pourrait aujourd'hui appeler classique du droit comparé »¹⁴⁸ à savoir celle qui « fait de son but premier la connaissance »¹⁴⁹.

44. La comparaison sert donc la connaissance du droit de la procréation et permet d'en expliquer les ressorts visibles ou invisibles¹⁵⁰. Le but n'est pas ici de comparer pour comparer ; la comparaison est davantage utilisée comme un *outil* que comme un *objectif*¹⁵¹, utile à la mise en lumière des processus de normalisation du vivant. Il est certain que, d'un point de vue méthodologique, une approche comparative comprend nécessairement des limites¹⁵² ; en ce sens, l'influence de notre propre conception du droit est inévitable et le point de départ de la comparaison a été majoritairement le droit français¹⁵³. En outre, s'il est toujours difficile pour un juriste - qui n'est, ni historien, ni sociologue - de bien connaître le contexte dans lequel s'inscrit une norme, ce point de départ depuis le droit français peut bien être considéré comme constituant une difficulté ou une limite supplémentaire¹⁵⁴. Enfin, les droits positifs français et allemand sont caractérisés - sur certains points entrant dans le périmètre de l'étude consacrée au droit de la

¹⁴⁵ TUSSEAU G., « Sur le métalangage du comparatiste - de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 21/2013, §29, se référant notamment à Rodolfo Sacco.

¹⁴⁶ PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999-4 p. 897.

¹⁴⁷ *Ibid.* Voir aussi, SACCO R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *op. cit.*, p. 8 ; PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in DELMAS-MARTY M. (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, société de législation comparée, 2001, p. 125.

¹⁴⁸ GIRARD C., *Les droits fondamentaux au fondement du droit, Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 25.

¹⁵⁰ Ainsi, la comparaison n'entend pas ici se limiter à décrire deux systèmes juridiques distincts pour en souligner les ressemblances et les différences, ni tirer de cette description des conclusions prescriptives. Il est certain que la démonstration nécessite parfois que les similarités et distinctions entre les deux ordres juridiques soient recherchées - notamment lorsqu'il importe de montrer que, sous des expressions différentes, le droit de la procréation tend à *normaliser* *zoe* - mais l'approche n'est, ni intégratiste, ni différentialiste (CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 223) car il ne s'agit pas de « déceler le meilleur modèle » (CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 223. Voir aussi, ZEIGERT K., KÖTZ H., *An introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 15 cité par GIRARD C., *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, *op. cit.*, p. 26), ni de construire un droit commun ni, au contraire, de prouver l'impossibilité d'une telle harmonisation.

¹⁵¹ LEGRAND P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2016 ; PONTHEREAU M.C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *op. cit.*, p. 23.

¹⁵² Sur ce point, TUSSEAU G., « Sur le métalangage du comparatiste - de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 21/2013, §62, se référant notamment à Mark van Hoecke.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, §49 et suivants.

procréation - par des différences irréductibles. Réaffirmant alors cette conception du droit comparé comme outil d'analyse, on fait en ce cas le choix d'une présentation « juxtaposée » ou « consécutive » des droits français et allemand, même si l'option méthodologique première est celle de la présentation simultanée - qui se prête davantage à une analyse plus conceptuelle des ordres juridiques. Malgré ces limites, la comparaison apparaît comme un instrument d'une grande utilité pour notre étude, surtout lorsqu'elle est guidée par une approche contextualisée. L'importance accordée au contexte explique également la nécessité de chercher, à restituer, autant que faire se peut, les règles juridiques analysées dans leur contexte historique et sociologique.

bb. L'approche historique comme outil critique

45. En tant qu'outil critique de connaissance du droit, l'approche historique ressemble à l'approche comparative, à ceci près qu'au lieu de « *voyager dans l'espace* » il s'agit de « *remonter dans le temps* »¹⁵⁵. Cette approche permet aussi de révéler la mesure dans laquelle les catégories juridiques sont des constructions politiques et arbitraires¹⁵⁶. En effet, dans la mesure où le droit est le « *produit de l'histoire de chaque peuple* »¹⁵⁷ et que le droit répond à « *un équilibre social acquis à un moment donné et dans un objectif donné* »¹⁵⁸, il varie avec le temps et se structure autour de considérations et de paradigmes propres à son contexte d'élaboration et d'application. C'est la raison pour laquelle il importe d'historiciser les dispositifs juridiques. Cela permet notamment de mettre en lumière les valeurs et arguments sous-tendus par la règle¹⁵⁹. L'approche historique est, entre autres, un outil indispensable à la reconstruction des objectifs visés par une disposition. Elle permet de comprendre comment et pourquoi telle ou telle règle a été adoptée par l'identification du contexte de son élaboration, au « *moment [...] où sa légitimité a été interrogée ou justifiée* »¹⁶⁰.

46. Il est certain que cette approche n'est pas dénuée de difficultés méthodologiques. Il est tout aussi certain que l'objectif ici n'est pas de faire œuvre d'historien ; et c'est là une des raisons pour lesquelles on borne l'analyse à la mobilisation de sources indirectes, dans la mesure où il s'agit

¹⁵⁵ CATTO M.X, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, Thèse de droit public, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2014.

¹⁵⁶ Le terme est utilisé dans un sens neutre, non dans le sens négatif du langage courant mais simplement pour désigner le fait que, comme l'arbitraire, il « ne résulte d'aucune nécessité logique » (Dictionnaire Larousse : « *Qui ne résulte d'aucune nécessité logique* »).

¹⁵⁷ DUFOUR A., « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de philosophie du droit*, 1984, p. 218 ; SAVIGNY, « Stimmen für wieder neue Gesetzbücher », *ZgR*, BD 3, H.1, 1816 cité par CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 198.

¹⁵⁸ CARAYON L., *La catégorisation des corps - étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 17 ; MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Paris, éditions François Maspero, 1982, p. 159.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ CATTO M.X, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 34.

seulement de mettre en évidence les évolutions de l'encadrement juridique. Il ne s'agit nullement de faire émerger ici quelques vérités historiques quant à la manière dont l'État appréhende la procréation mais seulement de montrer les évolutions de l'encadrement juridique en fonction des époques et de leur contexte. Cela explique encore le choix des périodes utilisées. Tandis que certains développements remontent jusqu'à l'Antiquité, d'autres se contentent d'appréhender le contexte historique de la procréation à partir des années 1970. Sans prétendre retracer, conformément aux critères de scientificité de l'historien du droit, la complexité du contexte historique liée à chacune de ces questions procréatives, le choix de ces exemples historiques nous aide à déconstruire l'idée selon laquelle *zoe* a toujours été - et est encore aujourd'hui - protégée par le droit¹⁶¹.

47. Par ailleurs, de la même manière qu'on fait ici le choix de prendre en compte le contexte d'élaboration du droit positif, ses modalités de sa mise en œuvre et ses effets seront également étudiés¹⁶². La recherche repose ainsi sur une définition extensive du *droit* et de la normativité qui le caractérise en principe.

cc. Une définition extensive du droit comme outil permettant le dévoilement de la *normalisation*

48. Dans la mesure où le biopouvoir - et la politisation du vivant qu'il sous-tend - s'expriment sous de multiples formes¹⁶³, il importe à la fois de s'intéresser aux *effets* produits par les normes et d'opter pour une conception ouverte du droit positif et de la normativité. Dans la mesure où les processus de normalisation jouent souvent de manière *indirecte*, il importe de s'intéresser à tous les degrés de normativité juridique et notamment à ceux qui jouent de manière plus diffuse. En effet, la normativité peut être considérée comme une « *qualité susceptible de gradations* »¹⁶⁴. Ainsi, la « *règle de droit peut être plus ou moins normative* »¹⁶⁵. À chaque extrémité de cette « *échelle de densité normative* »¹⁶⁶ se situent, d'un côté, le droit *dur*, c'est-à-dire obligatoire, la contrainte s'imposant notamment par le biais de la sanction¹⁶⁷ ; et, de l'autre côté, le droit *mou* ou *souple*¹⁶⁸, en principe non obligatoire et non sanctionné. Le droit souple « *ne crée [pas] de droit ou d'obligation juridique pour quiconque* »¹⁶⁹, mais

¹⁶¹ Voir également en ce sens, CARAYON L., *La catégorisation des corps - étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 20.

¹⁶² CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 201 : « *Intégrer l'histoire dans une perspective qui se tourne vers la sociologie* ».

¹⁶³ Il s'exprime par la contrainte classique du droit, que Michel FOUCAULT appelait les techniques de savoir, ou des mécanismes de subjectivations plus complexes, que Michel FOUCAULT appelait les techniques de soi.

¹⁶⁴ THIBIERGE C., « *Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit* », *RTDCiv.*, 2003, p. 599.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

produit, malgré tout, des effets sur le comportement des personnes. Entre ces deux extrémités, il existe une « *une frange indéterminée, faite de règles permissives, qui autorisent bien plus qu'elles n'obligent, de règles incitatives, telles que les incitations du droit fiscal, de recommandations qui proposent sans imposer : entre l'obligatoire et le déclaratoire, maintes nuances, telles que le permis, l'encouragé, le recommandé, le conseillé...* »¹⁷⁰. C'est à chacun de ces degrés de normativité qu'il convient de s'intéresser afin de montrer que les processus de *normalisation* de la vie humaine ne sont pas toujours mis en œuvre par les mécanismes classiques de la contrainte juridique.

49. Trois types singuliers de normativité sont notamment intégrés à l'étude.

50. Tout d'abord, il conviendra de s'intéresser au *soft law* qui joue un rôle fondamental dans la régulation juridique des questions procréatives. Le *soft law* est d'autant plus important à analyser que certains types de conversions de *zoe* en *bios* qu'opère le droit de la procréation se réalisent principalement par le biais d'incitations¹⁷¹ (dans le vocabulaire foucauldien, des techniques de soi). Il sera ainsi question, au fil de l'analyse, de nombreux avis ou recommandations émanant d'organismes éthiques et médicaux dont l'existence est entérinée par la loi (en France, le Conseil consultatif national d'éthique (CCNE), l'Académie de médecine, la Haute autorité de santé (HAS) l'Agence de la biomédecine ainsi qu'en Allemagne, la Chambre fédérale des médecins ou le Conseil d'éthique) et que l'État a, ce faisant, habilités à se prononcer. C'est pourtant clairement dans la catégorie de *soft law* qu'est rangée leurs productions normatives. Or, l'on considère ici qu'elle constitue un des modes d'expression du biopouvoir - et partant, une des formes de mise en œuvre des processus de *normalisation du vivant* que l'on cherche à révéler. En Allemagne, il faut encore compter avec la Chambre fédérale des médecins¹⁷². La Chambre fédérale décrit son rôle comme servant « *à participer activement à la constitution de l'opinion de la société sur les questions médicales et à développer des perspectives pour une politique sociale et sanitaire responsable et citoyenne* »¹⁷³. Son statut est néanmoins complexe. Il s'agit d'un organisme composé des 16 chambres régionales des médecins. Ces dernières sont des autorités administratives qui, elles, disposent d'une autorité normative

¹⁷⁰ *Ibid.* En ce sens, également, BOBBIO N., *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p. 55 : « *Lorsqu'on se place également du point de vue de la technique de l'encouragement, il apparaît évident qu'elle repose sur des expédients différents : répondre favorablement à un comportement réalisé, c'est-à-dire précisément la sanction positive et faciliter un comportement qui doit encore s'accomplir* ».

¹⁷¹ La technique des NUDGE (« coup de coude » en Français) est également un mécanisme d'incitation qui commence à être appréhendée par le droit et la doctrine, voir SÉE A., « Un exemple d'américanisation du droit administratif : les nudges », à paraître.

¹⁷² « *Bundesärztekammer* ».

¹⁷³ Voir le site internet de la Chambre fédérale des médecins. https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Bundesaerztekammer_Satzung_2014.pdf

contraignante¹⁷⁴. Tel n'est pas pleinement le cas de la Chambre fédérale : à l'origine, la Chambre fédérale était sur le plan juridique une association (fondée par les chambres régionales) qui ne disposait d'aucun pouvoir de contrainte. Depuis 2008, une loi délègue cependant explicitement à la Chambre fédérale des médecins le pouvoir d'édicter des directives contraignantes sur les questions de dons, de prélèvements, de transferts et d'applications des éléments du corps humain¹⁷⁵. Le principe d'auto-administration du domaine médical¹⁷⁶, en vertu duquel les chambres régionales disposent d'une autorité juridique, permet à ces chambres de participer à la construction du droit médical et de la bioéthique. Aussi ces différents organes ont-ils été directement habilités par l'État pour procéder à une éventuelle *normalisation* de la vie. L'ensemble des normes (parfois contraignantes parfois de *soft law*) émanant de ces organismes (et quelques autres) mérite donc d'être pris en compte, tantôt parce que, comme en France, elles complètent les normes juridiques classiques (le droit dur), tantôt parce qu'elles s'y substituent, comme en Allemagne.

51. Par ailleurs, on prêtera aussi attention à certaines normes juridiques classiques dont on peine à mesurer l'efficacité ou la normativité¹⁷⁷. De telles dispositions ne modifient pas *de facto* l'ordonnement juridique et produisent des effets essentiellement *symboliques*. L'analyse cherchera par exemple à montrer qu'il en va ainsi de l'article 16 du Code civil qui impose le respect de l'être humain « *dès le commencement de sa vie* ». Ces normes participent à la création d'un cadre d'interprétation qui influence la manière dont les acteurs juridiques appliquent le droit et dont les individus le respectent. Ce cadre d'interprétation peut dès lors jouer comme une *incitation indirecte* à tel ou tel type de comportement - participant ainsi à la mise en œuvre d'une technique de soi¹⁷⁸.

52. Enfin, on s'intéressera encore à des normes qui n'existent pas¹⁷⁹. L'objectif de *dévoilement* nécessite en effet de travailler « *sur les silences du droit* » car on peut estimer que « *ces silences performant* »¹⁸⁰. En effet, d'un point de vue politique, un silence normatif peut révéler une absence de volonté politique vis-à-vis de telle ou telle question, qui n'est pas considérée comme une priorité.

¹⁷⁴ En tant qu'ordre professionnel ; voir notamment TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 579 : « *Hors de toute disposition positive, les groupes professionnels tirent donc des habilitations de leur nature même* ».

¹⁷⁵ Cette loi introduit dans la loi sur la transplantation un §16b qui dispose que « *la Chambre fédérale des médecins peut compléter les dispositions légales par le biais de directives relatives à l'actuel état des connaissances de la science médicale en accord avec les autorités fédérales compétentes en matière de prélèvement d'éléments du corps humain, en particulier en ce qui concerne l'appréciation médicale de l'aptitude médicale d'un donneur d'éléments corporels, l'examen du donneur et le prélèvement, le transfert et l'application de ces éléments du corps humain* ».

¹⁷⁶ « *Prinzip der ärztlichen Selbstverwaltung* ».

¹⁷⁷ On peut mentionner, comme exemple, l'article 16 du Code civil français. Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹⁷⁸ L'édiction d'un principe d'interdiction ou de protection participera notamment à la création d'un discours négatif ou positif sur tel ou tel comportement. Voir notamment, NOREAU P., « De la forme symbolique du droit », in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 137.

¹⁷⁹ CATTO M.X., GIRARD C., GATÉ J., HENNETTE-VAUCHEZ S., VERGEL-TOVAR C., « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *Ce que le genre fait au droit*, p. 7.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 21.

Au contraire, si l'abstention est *volontaire* ou *stratégique*, elle peut, dans certains cas, être interprétée comme une *incitation*. En effet, lorsqu'elle s'inscrit dans un contexte social, économique ou politique particulièrement propice à certains types de comportements, l'absence d'intervention de l'État pour contrer cette tendance peut signifier que la perpétuation desdites pratiques est tacitement admise. Cette absence peut également impliquer une *délégation implicite* de compétence à certains acteurs non juridiques. En effet, si le droit ne régleme pas telle ou telle question, cela favorise l'autorégulation, notamment dans un secteur déjà enclin à le faire (comme la médecine)¹⁸¹. Cette forme spécifique de normativité est particulièrement importante, car il sera donné à voir qu'en matière procréative le biopouvoir tend particulièrement à s'exercer par le biais d'une *biopolitique déléguée*, c'est-à-dire par un renouvellement des modes de gouvernement qui tend à déléguer aux soignants, aux professionnels de santé et aux patients eux-mêmes¹⁸² la réglementation de conduites ayant pu faire l'objet de régulation juridique, le plus souvent par le biais du droit pénal. Ainsi, « la "délégation" que tend à opérer la biopolitique produit évidemment une transformation du poids relatif à la fois des cibles et des acteurs de cette politique. La centralité de l'État s'atténue. Celle des professionnels, en revanche, augmente notablement. Ils sont désormais officiellement ou officieusement au front de la régulation des pratiques »¹⁸³. Or, ces différents acteurs - principalement médicaux - vont eux aussi mettre en œuvre des processus de normalisation du vivant, alors tacitement validés par l'État. C'est l'une des raisons pour lesquelles il importe d'accorder une place toute particulière à l'analyse des pratiques médicales en lien avec la procréation : car l'État leur *délègue*, de manière plus ou moins explicite, un pouvoir décisionnel important. Le biopouvoir joue ainsi souvent de manière indirecte, non coercitive et invisible, par le biais d'une biopolitique déléguée au corps médical, et ce, particulièrement en Allemagne où l'encadrement législatif juridique contraignant est moins imposant qu'en France. Le corps médical - qui dispose d'un accès légitime aux corps et à la vie - peut donc être perçu comme l'un des acteurs privilégiés du biopouvoir¹⁸⁴.

53. Ainsi, différents outils servent l'objectif de dévoilement des processus de normalisation présents en droit de la procréation. La déconstruction, la comparaison, l'approche historique ou « sociologique » du droit sont autant d'outils qui permettent de soutenir la démarche critique de

¹⁸¹ Par exemple, en ne réglementant pas du tout les procédures d'accès à l'AMP, le législateur allemand contraint tacitement la chambre fédérale des médecins à édicter des directives sur cette question pour orienter et aider les médecins qui y sont confrontés. Voir notamment, sur ce point, la distinction établie par H.L.A. Hart entre les règles primaires et secondaires : HART H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005. Voir notamment, GÉRARD P., « L'idée de règle de connaissance : valeur, limites et incertitudes », *Revue interdisciplinaire d'étude juridique*, 2010/2, Vol. 65, §2.

¹⁸² MEMMI D., « L'autoévaluation, une parenthèse ? Les hésitations de la biopolitique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010/1, n° 128-129, §4.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Voir notamment, ANDRIEU B., « La fin de la biopolitique chez Michel Foucault : », *Le Portique*, 13-14/2004.

l'étude qui se structure autour de l'hypothèse selon laquelle le droit de la procréation procède à une *normalisation de la vie*. Pour l'éprouver, le présent travail est organisé en deux temps.

Annonce de plan

54. Il importe tout d'abord de montrer, à l'aune d'une analyse du droit de la procréation, que l'État ne tend pas à protéger *zoe*, c'est-à-dire toute forme de vie humaine - la vie *nue*. Malgré la puissance du discours juridique visant à considérer la vie comme une valeur fondamentale des ordres juridiques français et allemand, ce premier temps de la démonstration permettra d'établir que le droit n'accorde pas la même protection à toutes les formes de vie. Si la vie postnatale est effectivement protégée de manière croissante par le droit, la protection de la vie anténatale apparaît lacunaire. La montée en puissance d'une liberté procréative explique en partie et à première vue les atteintes autorisées à la vie nue. Cependant, l'analyse détaillée du cadre juridique applicable à nombre de ces atteintes à la vie (dans le cadre de l'avortement, de la contraception et même de l'AMP) permet d'établir que concurremment à certains aspects de la liberté procréative des individus indubitablement plus importante aujourd'hui qu'hier, il faut encore compter avec le biopouvoir. En ce sens, les failles ou brèches laissées par le droit positif dans le traitement juridique de *zoe* ne sauraient être lues comme ne résultant que de la conquête par l'individu de droit et liberté en matière de procréation (**partie 1**). Ayant établi que le droit organisait un traitement sélectif et pour partie discontinu de *zoe*, on s'intéressera, dans un second temps de l'étude, à mettre en évidence, sur un plan substantiel, la manière dont l'ordre juridique, notamment à la faveur de l'émergence d'un droit de la procréation, produit *bios*, c'est-à-dire certaines formes de *vie bonne*. Ce second temps du raisonnement s'intéressera donc, à titre principal, au potentiel *normalisant* du biopouvoir et cherchera notamment à dévoiler la manière dont il prend appui sur une certaine conception de la famille. On s'attachera en particulier à souligner la manière dont le droit favorise la production de la *bonne* parenté et des *bons* enfants, à l'aune d'une conception traditionnelle de la famille et d'une certaine conception de la normalité physique et mentale (**partie 2**).

Partie 1. Le traitement juridique de la vie biologique (*zoe*)

Partie 2. La construction juridique de la vie bonne (*bios*)

PARTIE 1. LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA VIE NUE (*ZOE*)

55. L'idée selon laquelle le droit protège la vie est une antienne du discours juridique. Qu'il soit doctrinal ou de droit positif, dans le champ du droit international ou du droit interne, le discours juridique exprime l'idée que la vie humaine est une valeur centrale, que toutes les vies humaines, quelles qu'elles soient, sont également protégées, notamment, par le droit. Cette vie que le droit protège, elle serait protégée en tant que telle. Elle serait protégée de manière continue, homogène, de la naissance à la mort. Ce que protège le droit, c'est donc, à première vue, la vie nue (*zoe*). Cependant, l'affirmation d'une protection continue de la vie peut être déconstruite. Il s'avère en effet que la vie n'est pas protégée de la même manière avant et après la naissance ; de nombreux seuils et gradations existent. Ainsi, si la relation entretenue entre l'État et la vie se transforme à l'époque moderne en faveur d'une protection accrue de la *personne*, c'est-à-dire de la vie postnatale¹⁸⁵, l'ordre juridique n'accorde pas la même protection à la vie anténatale. Le fait de fixer ainsi des seuils dans la sauvegarde de la vie permet de dire que l'ordre juridique ne protège pas *zoe*, ou qu'en tout cas, cette protection n'est, ni linéaire, ni continue. Peut-être n'est-ce, en réalité, pas la vie *en tant que telle* qui est juridiquement protégée (**titre 1**).

56. Le caractère discontinu de la vie résulte notamment de ce que les possibilités accordées aux individus de décider librement *si, quand et comment* ils souhaitent procréer impliquent des atteintes à la vie. Dans le cadre procréatif, il est classique de légitimer ces atteintes par la montée en puissance des libertés procréatives, d'un paradigme « autonomiste » (lié au droit au respect de la vie privée ou au principe d'autonomie personnelle). Mais trouve-t-on réellement, dans les espaces où *zoe* n'est pas protégé, un individu dont la souveraineté et l'autonomie en matière procréative justifient que des atteintes soient portées à la vie anténatale ? Il est vrai qu'à partir de la seconde moitié du 20^{ème} siècle, les ordres juridiques français et allemand concèdent aux individus la possibilité de faire des choix procréatifs, tant négatifs que positifs. Cela étant, ces choix ne s'exercent que dans un cadre contraint très médicalisé, de sorte qu'il est possible de considérer qu'il existe d'autres logiques à la libéralisation du champ procréatif que celle de la consolidation d'un paradigme autonomiste. Ces autres logiques, en lien avec les logiques du biopouvoir, justifient au moins autant que le paradigme libéral les atteintes à la vie autorisées dans ce cadre (**titre 2**).

Titre 1. La protection juridique de la vie : une protection discontinu

Titre 2. La protection juridique discontinu de la vie : justifications

¹⁸⁵ Étant entendu que l'on considère à ce stade que la personne juridique apparaît à la naissance.

TITRE 1. LA PROTECTION JURIDIQUE DISCONTINUE DE LA VIE HUMAINE

57. La vie humaine fait indéniablement l'objet d'une protection juridique. Celle-ci est croissante depuis le début de l'époque moderne. La protection est telle que l'idée selon laquelle un des fondements premiers des ordres juridiques démocratiques serait de faire de la vie une valeur suprême¹⁸⁶ - et donc d'en organiser, toujours et partout, la protection - paraît évidente et centrale à de nombreux discours juridiques. La protection de la vie apparaît *continue, objective, voire absolue*, le principe de protection de la vie ne souffrant à première vue que de minimales exceptions. L'État, *via* le droit, s'efforcerait ainsi de protéger *toutes les formes de vie*, de protéger la vie nue, la vie biologique, *zoe*.

58. Il est vrai que, depuis la Révolution française, l'ordre juridique développe un corpus de normes qui a pour objectif d'assurer la protection de la vie humaine. Depuis le début de 18^{ème} siècle, cette protection se renforce sans relâche. À partir de la seconde moitié du 20^{ème} siècle, la montée en puissance d'un processus juridique d'axiologisation du droit des droits de l'homme - qui tend à faire de la vie une *valeur fondamentale* de l'ordre juridique - accroît cette protection puisque l'État est en principe, désormais, *contraint* de protéger la vie (**chapitre 1**).

59. Cependant, si l'idée selon laquelle l'État protège la vie humaine trouve une résonance certaine en droit positif en ce qui concerne la vie *après* la naissance, une telle affirmation ne reflète pas la substance du droit positif en ce qui concerne la vie *avant* la naissance. En effet, la protection de la vie opère selon des seuils qui varient et les règles de droit français et allemand procèdent à une *catégorisation* entre la vie avant et après la naissance. Ces deux ordres juridiques procèdent même à une *hiérarchisation* entre les différents stades d'évolution de la vie avant la naissance. Ce n'est donc pas la vie comme processus biologique continu qui est protégé par le droit puisque la vie n'est pas protégée de manière homogène et continue de la conception à la mort (**chapitre 2**).

Chapitre 1. La protection juridique croissante de la vie postnatale

Chapitre 2. La protection juridique lacunaire de la vie anténatale

¹⁸⁶ CEDH, *Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne*, 22 mars 2001, n° 3404496 ; 3 553 297 ; 4 480 198.

60. En France comme en Allemagne, la vie humaine est assurément protégée par le droit. En effet, depuis l'époque moderne, la gestion de la vie devient, selon Michel FOUCAULT, la finalité première du pouvoir politique, ce qui entraîne un renforcement de sa protection. Ainsi, comme le théorise Michel FOUCAULT, le pouvoir de *faire mourir* du souverain, sur lequel historiquement s'établissait son pouvoir, va s'estomper au profit d'un pouvoir - le biopouvoir - de *faire vivre* qui va désormais agir *positivement* sur la vie. Le pouvoir n'a plus désormais comme finalité première de protéger *l'existence juridique du souverain* mais d'assurer le *maintien biologique de la population*¹⁸⁷. Sur le plan juridique, cette transformation se traduit par le développement progressif d'un corpus juridique visant à *laisser vivre* et *faire vivre* les individus. Leur vie devient donc progressivement protégée par le droit. Cependant, dans un premier temps, cette protection est mise en œuvre dans un but collectif. Le déploiement du *faire vivre* sert avant tout à assurer le *maintien de la population* (**section 1**).

61. Toutefois, à partir de la seconde moitié du 21^{ème} siècle, un processus d'axiologisation de la vie - qui tend à l'appréhender comme une *valeur* - vient compléter les prérogatives étatiques du *faire vivre*. Une conception axiologique de la vie se superpose alors à une conception biopolitique de celle-ci, renforçant par la même occasion la protection de la vie humaine qui lui est accordée. Sous l'influence de cette axiologisation, le pouvoir de *faire mourir*, déjà affaibli par le développement du *faire vivre*, va être considérablement limité. La conception nouvellement axiologique et individualisante de la vie complète et renforce ainsi les processus de protection de la vie déjà amorcés au nom du *faire vivre*. Désormais, ce n'est plus seulement dans un but collectif que la vie est protégée mais aussi dans une perspective plus individuelle. Dans un second temps, c'est ainsi la vie de *chaque* individu, la vie *en tant que telle*, qui est protégée par le droit. Le *faire vivre* se renforce alors par une *individualisation* de la vie qui se manifeste notamment par la consécration d'un droit *individuel* à la vie (**section 2**).

Section 1. Une protection juridique de la vie au nom du maintien de la population

Section 2. Une protection juridique de la vie au nom des droits fondamentaux

¹⁸⁷ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir, op. cit.*, p. 180 : Le biopouvoir va « *s'exercer positivement sur la vie, entreprendre de la gérer, de la majorer, de la multiplier, d'exercer sur elle des contrôles précis et des régulations d'ensembles* ».

Section 1. Une protection juridique de la vie au nom du maintien de la population

62. La protection croissante accordée à la vie se caractérise à l'époque moderne par un renforcement du pouvoir étatique de *faire vivre* au nom du *maintien de la population*. Ce renforcement s'observe par le développement de dispositifs juridiques visant à *laisser vivre* les individus en les protégeant contre la mort provoquée par des tiers (**sous-section 1**) puis par des politiques publiques visant à *faire vivre* les individus en les protégeant contre la survenance trop précoce de la mort naturelle (**sous-section 2**).

Sous-section 1. *Laisser vivre*

63. Le déploiement de dispositifs visant à *laisser vivre* les individus renforce progressivement la protection juridique accordée à la vie. En effet, s'il est admis, avec Michel FOUCAULT, qu'à l'époque moderne, le pouvoir s'attache désormais au *maintien de la population*, alors l'État doit dorénavant empêcher les membres de sa population de s'entretuer. Cette transformation du pouvoir s'observe sur le plan juridique par la pénalisation de certaines formes de justice privée, telles que la pratique du duel (**I**), et la prohibition progressive des atteintes à la vie provoquée par des tiers (**II**).

I. Un exemple : l'interdiction juridique du duel

64. La protection de la vie opère parallèlement à un processus d'étatisation de la justice. La protection de la vie se trouve en effet renforcée par la monopolisation étatique du droit de punir¹⁸⁸ qui suppose de sanctionner les actes de justice privée, à l'instar du duel. La question du duel mérite en effet une attention particulière car elle illustre particulièrement bien la manière dont le droit pénal se transforme en faveur d'une protection accrue de la vie. En effet, si, historiquement, le duel est sanctionné car il porte atteinte au monopole étatique du *faire mourir* et met donc en danger l'exercice même de la souveraineté - *l'existence juridique du souverain* - (**A**), c'est pour des raisons différentes qu'il est ensuite prohibé à partir du 19^{ème} siècle en France et en Allemagne. C'est parce que le duel porte atteinte à la vie et contrarie donc le *faire vivre* qu'il devient interdit par le droit, en 1837, en France et, en 1969, en Allemagne (**B**).

¹⁸⁸ PORRET M., *Beccaria - le droit de punir*, Paris, édition Michalon, 2003, p. 43 ; REINHART W., *Geschichte der Staatsgewalt, eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München, C.H Beck, 2000 ; VON HUMBOLDT W., *Ideen zu einen Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, Leipzig, Reclam, 1986.

A. Le duel comme atteinte à l'existence juridique du souverain

65. S'il serait inexact de penser que dans les sociétés primitives, la justice était absolument privée et la vengeance illimitée¹⁸⁹, c'est surtout à partir du 16^{ème} siècle¹⁹⁰ que les premiers mécanismes d'étatisation de la justice se mettent en place, lorsqu'apparaissent les prémises de l'État absolutiste¹⁹¹. Cependant, ce n'est pas tant la protection de la vie de la personne humaine que celle du pouvoir monopolistique de droit de vie et de mort du souverain qui est recherchée par ces mécanismes¹⁹². Les textes qui visent l'institutionnalisation et l'organisation d'une justice étatique ainsi que la professionnalisation de l'organisation judiciaire, telle que l'ordonnance criminelle de 1670¹⁹³, servent surtout à affirmer la puissance de l'État¹⁹⁴.

66. La pénalisation du duel à partir de l'Ancien Régime illustre cette idée. En effet, sous l'Ancien Régime, s'il fait l'objet d'interdictions claires et expresses, c'est en tant que « *source de désordre social* »¹⁹⁵ et « *d'insulte à l'unité du royaume* »¹⁹⁶. À la Révolution française, le duel est considéré comme un crime de « *lèse-nation* » ou de « *lèse-société* », le duelliste étant perçu comme violant le pacte social¹⁹⁷. Quel que fût réellement l'état du droit positif à l'époque¹⁹⁸, la problématique du duel est liée à celle du droit de vie et de mort du souverain. C'est parce que le duel constitue une atteinte à l'ordre établi qu'il est interdit, même si, dans les faits, il est peu sanctionné en raison de la tolérance des juges, français comme allemands, à l'égard de cette pratique nobiliaire¹⁹⁹.

67. Par ailleurs, dans les rares cas où les duellistes survivants sont poursuivis²⁰⁰, ils bénéficient dans la majorité des cas de la grâce royale²⁰¹, tant sous l'Ancien Régime en France qu'au 19^{ème} siècle

¹⁸⁹ Sur ce point, voir notamment WILDA, W.E., *Geschichte des Strafrechts. Das Strafrecht der Germanen*, Aalen, Scientia, 1842, p. 160 ; CARBASSE J.M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, 3^{ème} édition, p. 13 ; SUR P. O., « Répression pénale et libertés », *Pouvoirs*, 2009/3, n° 130, p. 62.

¹⁹⁰ GRUTZPALK J., « Das Gewaltmonopol des Staates », *Bundeszentrale für politische Bildung*, 2012.

¹⁹¹ EVANS R.J., *Rituale der Vergeltung : Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte, 1532 - 1987*, Berlin, Kindler, 2001, p. 43.

¹⁹² PORRET M., *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 2012, p. 11.

¹⁹³ Ordonnance criminelle du 26 août 1670, enregistrée par le Parlement de Paris.

¹⁹⁴ MARTINAGE R., *Histoire du droit pénal en Europe*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁵ JEANNENEY J.N., *Le duel une passion française 1789-1914*, Paris, Seuil, 2004, p. 106.

¹⁹⁶ Telle que l'interdiction de 1643, voir sur ce point, JEANNENEY J.N., *Le duel une passion française 1789-1914*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁷ BILLACOIS F., *Le duel dans la société française des XV^e et XVII^e siècles, essai de psycho-sociologie historique*, Paris, EHESS, 1995, p. 40.

¹⁹⁸ Voir pour le droit positif : les arguments du commissaire DUPIN dans l'arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1837 ; les arrêts de la Cour de cassation entre 1819 et 1828, répertoriés par ARCHER F., *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, *op. cit.*, p. 93 et notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 1819. Pour le débat doctrinal : sur cette question, GUILLET F., *La mort en face, histoire du duel de la révolution à nos jours*, Paris, Aubier, 2008, p. 140 ; JEANNENEY J.N., *Le duel une passion française 1789-1914*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹⁹ FREVERT U., *Ehrenmänner : das Duell in der bürgerlichen Gesellschaft*, München, C.H. Beck, 1991, p. 34.

²⁰⁰ SPEITKAMP W., *Ohrfeige, Duell und Ehrenmord : eine Geschichte der Ehre*, *op. cit.*, p. 135.

²⁰¹ BILLACOIS F., *Le duel dans la société française des XVI^e et XVII^e siècles, essai de psycho-sociologie historique*, Paris, École des hautes études en sciences sociales, 1986, p. 114 ; SPEITKAMP W., *Ohrfeige, Duell und Ehrenmord : eine Geschichte der Ehre*, *op. cit.*, p. 135.

en Allemagne²⁰². En effet, dès lors que le souverain récupère son pouvoir absolu de vie et de mort sur ces sujets, l'exercice du droit de grâce en devient la pleine expression²⁰³. Le duel n'est d'ailleurs pas pénalisé dès lors qu'il a été autorisé par le roi²⁰⁴. Ce dernier peut ainsi décider de *déléguer* ses prérogatives sur la vie aux participants (qu'importe qu'ils en meurent) mais ces derniers ne peuvent décider de tuer sans son autorisation²⁰⁵. C'est donc le monopole étatique du droit de punir que protègent les textes, et non la vie des individus²⁰⁶.

68. À partir de la Révolution française, l'étatisation de la justice a néanmoins progressivement pour finalité la protection de *la vie humaine*, comme l'illustre à nouveau l'exemple du duel.

B. Le duel comme atteinte à la vie en tant qu'intérêt juridiquement protégé

69. En 1837, en France, la Cour de cassation interdit la pratique du duel²⁰⁷. Dans un arrêt du 15 décembre, la Cour énonce qu'« *une convention par laquelle deux hommes prétendent [...] s'attribuer le droit de disposer mutuellement de leur vie et usurper ainsi doublement les droits de la société rentre évidemment dans la classe des conventions contraires [...] à l'ordre public* ». Cette décision renforce la protection accordée jusqu'alors à la vie puisqu'elle sanctionne le duelliste qui attente à la vie de son opposant. La Cour de cassation semble en effet suivre ici l'argumentaire de l'Avocat général DUPIN, qui insiste sur le fait que le duel est un meurtre qu'il convient de placer sous le coup de loi pénale en tant qu'atteinte à la vie des citoyens²⁰⁸ ; en d'autres termes, qu'il convient de pénaliser le duel pour protéger les personnes et non seulement le monopole du pouvoir de donner la mort²⁰⁹. En faisant tomber le duel dans le droit commun, et en le qualifiant de meurtre, la Cour de cassation renforce la protection de la vie²¹⁰. C'est néanmoins une perspective collective, liée au maintien de la population, qui justifie encore en partie cette décision. En effet, le juge entend ici sauvegarder les pouvoirs de l'État en matière de justice et de gestion de la vie, considérant que les duellistes ont

²⁰² Même si le duel est interdit tout d'abord par le §667 du Code prussien puis par le §164 du Code de 1851 et de 1871, le roi continue de gracier les rares duellistes condamnés. Voir sur ce point, SPEITKAMP W., *Ohrfeige, Duell und Ehenmord : eine Geschichte der Ehre*, op. cit., p. 136 ; FREVERT U., *Ehrenmänner : das Duell in der bürgerlichen Gesellschaft*, op. cit., p. 65 et 68.

²⁰³ BILLACOIS F., *Le duel dans la société française des XVI^e et XVII^e siècles, essai de psycho-sociologie historique*, op. cit., p. 136.

²⁰⁴ Édit d'Henri IV portant règlement pour la défense et la punition des duels, donné à Fontainebleau du 26 juin 1609, 6^{ème} volume des Ordonnances d'Henri IV, 2, Volume n° 314, Tome I, p. 667, Maynard, p. 2037.

²⁰⁵ ARCHER F., *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris, Harmattan, 2003, p. 92.

²⁰⁶ Le roi est d'ailleurs critiqué pour son indulgence vis-à-vis des nobles et des militaires. Voir sur ce point, SPEITKAMP W., *Ohrfeige, Duell und Ehenmord : eine Geschichte der Ehre*, op. cit., p. 137 ; FREVERT U., *Ehrenmänner : das Duell in der bürgerlichen Gesellschaft*, op. cit., p. 35.

²⁰⁷ CC, 15 décembre 1837, Arrêt Pesson, Sirey 1938, p. 5 : « *Si aucune disposition législative n'incrimine le duel proprement dit et les circonstances qui préparent ou accompagnent cet acte d'homicide, aucune disposition de loi ne range ces circonstances au nombre de celles qui rendent excusables le meurtre, les blessures et les coups ; que c'est une maxime inviolable de notre droit public, que nul ne peut se faire justice soi-même ; que la justice est la dette de la société tout entière et que toute justice émane du roi, au nom duquel cette dette est payée* ».

²⁰⁸ Conclusions du Procureur général Dupin, CC, 22 juin 1837, Sirey 1837, 1, p. 469.

²⁰⁹ CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, Thèse de doctorat, droit public, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2014, p. 596.

²¹⁰ CC, 15 décembre 1837.

commis un double crime en se faisant, premièrement, justice eux-mêmes et, deuxièmement, en s'attribuant le droit de disposer mutuellement de leur vie, alors que ces deux droits ne leur appartenaient pas. En Allemagne, c'est seulement avec la réforme pénale de 1969²¹¹ que le duel n'est plus considéré comme une infraction spécifique faisant l'objet d'un traitement de faveur²¹² (en raison de la classe sociale à laquelle appartient son auteur²¹³) et tombe sous la pénalisation du meurtre. Même si la pratique du duel semble disparaître à la fin de la Première Guerre mondiale, il faut attendre 1969 pour que l'ordre juridique affirme l'interdiction absolue de la justice privée et renforce la protection accordée à la vie²¹⁴.

70. L'évolution de l'encadrement juridique du duel montre ainsi que l'étatisation de la justice évolue, au nom du *maintien de la population*, en faveur d'une protection accrue de la vie humaine. Au-delà de l'exemple emblématique du duel, c'est plus largement l'ensemble des réformes du Code pénal qui évoluent également en faveur d'une protection accrue de la personne humaine. Les réformes mènent à l'abandon progressif des peines infâmes, des châtiments corporels et de la torture²¹⁵. De plus, le principe de légalité des délits et des peines²¹⁶, permet de lutter contre l'arbitraire des juges, ce qui renforce, fût-ce indirectement, la protection de la personne humaine. L'édiction de dispositions pénales substantielles visant à sanctionner les atteintes à la vie augmente, par ailleurs, considérablement la protection de la vie.

II. Un principe : la protection de la vie par le droit pénal moderne

71. En France et en Allemagne, un corpus pénal visant à faire de la vie un *intérêt juridiquement protégé* se développe à partir de la fin du 18^{ème} siècle, dans une perspective collective, celle du *maintien de la population* (A). Cependant, à cette époque, et particulièrement en France, ce n'est pas *zoe*, la vie *en tant que telle* qui est protégée par le droit pénal. Certaines vies sont considérées en effet comme inférieures aux autres et l'atteinte qui leur est portée n'est alors pas sanctionnée par le droit (B).

²¹¹ Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts du 4 juillet 1969, BGBlI, p. 717.

²¹² « *Privilegierung* ».

²¹³ Le droit allemand nomme cela un « *Standesdelikt* ». Le duel faisait l'objet d'une pénalisation moins importante que l'homicide car les acteurs juridiques trouvaient que l'atteinte à l'honneur justifiait sa pratique. Il est d'ailleurs inscrit, dans le Code pénal entre « les atteintes à l'honneur » (Titre 13/14) et « les atteintes à la vie » (Titre 16).

²¹⁴ SPEITKAMP W., *Ohrfeige, Duell und Ehrenmord : eine Geschichte der Ehre*, op. cit., p. 138.

²¹⁵ Article 1 du Code pénal de 1791 : « *Les peines qui seront prononcées contre les accusés trouvés coupables par le jury, sont la peine de mort, les fers, la réclusion dans la maison de force, la gêne, la détention, la déportation, la dégradation civique, le carcan* ».

²¹⁶ Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

A. La protection accrue de la vie par le droit pénal

72. Sous l'influence des théories du contrat social, qui font du *maintien de la population* l'une des finalités principales de ce contrat (1), un certain nombre de dispositions juridiques sont édictées pour protéger la vie (2).

1. La protection de la vie dans les théories du contrat social

73. S'il est certain qu'il existait avant l'apparition de l'État moderne des dispositions juridiques visant à sanctionner les atteintes à la vie, ce n'est qu'à l'époque moderne que se développe l'idée selon laquelle l'État doit protéger la vie humaine, au nom du contrat social. Ainsi, même si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France ne consacre pas explicitement de droit à la vie, cette Déclaration est sous-tendue par une logique de protection de la vie. En effet, l'article 2 de cette Déclaration dispose que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* »²¹⁷. Or, comme l'énonce Samuel de PUFENDORF, il existe un lien entre la garantie de ces droits et la protection de la vie car « *l'impératif de vie engendre non seulement un droit individuel de sûreté mais également un devoir réciproque de s'interdire d'attenter à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui* »²¹⁸. Par ailleurs, Gilbert du MOTIER, Marquis de LA FAYETTE, propose la consécration d'un « *droit à la conservation de la vie* »²¹⁹ et Thomas HOBBS considère que la préservation de la vie est le but premier de l'association politique : « *L'état de nature étant précaire, la vie à chaque instant menacée, les hommes vont donc être amenés, par la crainte de la mort à entrer en société* »²²⁰. Pour Thomas HOBBS, c'est la crainte de la mort qui pousse les individus à entrer en société²²¹. De manière générale, les « *théories du contrat social, au-delà de leurs différences fondamentales, s'accordent sur le fait que la recherche de sécurité est le déterminant essentiel de l'acceptation par les hommes de l'aliénation d'une partie de leurs droits et libertés, afin de former un État souverain donc protecteur* »²²². Cette nouvelle finalité du pouvoir étatique apparaît également lors des débats parlementaires relatifs à la rédaction du Code pénal français de 1791. Certains parlementaires

²¹⁷ Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

²¹⁸ PUFENDORF S., *De jure naturae et gentium*, 1672, traduit par Jean de Barbeyrac, Amsterdam, 1734, tome 1, cité par FONDIMARE E., *La justification des limitations aux libertés individuelles par la proclamation d'un droit fondamental à la sécurité*, Mémoire de Master 2, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 3.

²¹⁹ Propos de Gilbert du Motier de Lafayette, débats du 21 août 1789.

²²⁰ HOBBS T., *Le Léviathan*, Livre I XIII Paris, Folio, 2000 : « *La volonté de conservation de soi amène l'individu à confier à l'État la mission de préserver la sécurité de sa personne et de ses biens en renonçant à son pouvoir d'exercer lui-même sa protection, sauf par la légitime défense lorsque sa vie est menacée* ».

²²¹ Voir notamment, POLIN R., « Sur la signification de la paix d'après la philosophie de Hobbes », *Revue française de science politique*, 1954, 4-2, p. 252.

²²² GRÜNDLER T., *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2004, p. 36.

énoncent qu'« en entrant en société, j'ai résigné ce pouvoir de me défendre à la loi ou au magistrat qui en est l'organe. Il est obligé de veiller à la conservation de mon existence »²²³. En Allemagne, le Code prussien de 1794²²⁴ énonce, quant à lui, dans son introduction que « l'État doit protéger ses personnes [...] qu'il est obligé d'assurer la paix extérieure et intérieure et assurer la sécurité de tous ».

74. Cette idée selon laquelle la protection de la vie est désormais une prérogative étatique se concrétise, sur le plan juridique, par l'édition de dispositions pénales visant à sanctionner les atteintes à la vie.

2. L'édition d'un corpus juridique pénal visant à protéger la vie

75. Les réformes du droit pénal montrent que la vie devient un intérêt protégé par le droit. Le système d'incrimination intègre ainsi, au nombre des biens que le législateur entendait protéger, la protection des personnes (sa vie et son corps)²²⁵.

76. En France, le titre 2 de la première section du Code pénal de 1791 sanctionne ainsi toutes les formes d'homicide. En Allemagne, le chapitre 11 du Code prussien²²⁶ prévoit l'incrimination des atteintes à l'intégrité physique, qui porteraient atteinte « à la vie ou à la santé d'autrui »²²⁷. Ces sanctions seront reprises en substance par tous les Codes pénaux successifs²²⁸.

77. Par ailleurs, depuis 1791, la principale justification, pour un particulier, à une atteinte à la vie, est la légitime défense²²⁹. En France, le Code pénal dispose que « l'homicide est commis légitimement lorsqu'il est indispensablement commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même et d'autrui »²³⁰. En Allemagne²³¹, il n'est possible de tuer que si c'est le « seul moyen » de sauver sa vie. D'ailleurs, en 1810, le Code pénal français limite les cas dans lesquels la légitime défense peut être admise²³².

²²³ AN, 31 mai 1791, Mougins de Roquefort, disponible sur le site de l'Assemblée nationale, http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/31_05_1791.asp.

²²⁴ Ce code, voulu par le souverain Friedrich II, est inspiré du courant des Lumières français. Voir notamment, EVANS RJ. *Rituale der Vergeltung. Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532 - 1787*, op. cit., p. 158.

²²⁵ RENAUT M.H., *Histoire du droit pénal*, Paris, Ellipses, 2005, p. 101.

²²⁶ Titre 20 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR).

²²⁷ Titre 13 §1 ALR.

²²⁸ Jusqu'à leur interdiction actuelle par les articles 221-6 et suivants du Code pénal en France et §211 StGB et suivants en Allemagne.

²²⁹ À l'exception de la question du duel qui n'est pas encore réglée à cette époque. Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

²³⁰ Titre II, section 1, article 1, alinéa 6 du Code pénal de 1791. Voir notamment, AN, 18 juin 1791, M. Malouet, p. 308 ; AN, 18 juin 1791, M. d'Aubergon-Murinais, p. 308.

²³¹ §41 du Code pénal prussien.

²³² Article 329 CP 1810 : « Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense, les deux cas suivants : 1. Si l'homicide a été commis [...] en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances ; 2. Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence ».

Ainsi, parce que la vie devient progressivement protégée par le droit, les cas dans lesquels la légitime défense peut être invoquée se restreignent²³³.

78. La vie devient donc progressivement protégée par le droit. Cependant, comme le montrent certaines dispositions du Code pénal français, toutes les formes de vie ne sont pas protégées de la même manière.

B. L'absence de protection juridique uniforme de la vie humaine

79. Si la protection accordée à la vie se renforce à partir du 18^{ème} siècle, elle ne s'applique cependant pas, en France, à *toutes* les vies. De la même manière que les droits de *l'homme* ne visent pas en 1789 *tous* les êtres humains, les dispositions du Code pénal ne s'appliquent pas de la même manière à *tous* les individus. Deux exemples en particulier le prouvent.

80. Tout d'abord, l'article 324 du Code pénal français de 1810, dit article rouge ou « *article du meurtre légal* »²³⁴, dispose que « *le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, n'est pas excusable. [...] Néanmoins, dans le cas d'adultère, prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable* ». Le meurtre, par son mari, de l'épouse adultérine ou de son amant, pris en flagrant délit, n'est donc pas sanctionné. Ainsi, si une femme porte atteinte à l'institution du mariage et à la sacralité du lit conjugal, sa vie n'a plus de valeur pour l'ordre juridique et elle peut être tuée impunément. Ce n'est qu'en 1975 que l'article 324 du Code pénal est supprimé²³⁵ même s'il était demeuré inappliqué.

81. Ensuite, dans un autre domaine, en France, l'article 43 du Code noir de 1665 servant de règlement pour la discipline et le commerce des « nègres et des esclaves » peut être lu comme assurant une protection moindre de la vie de l'esclave que de celle d'une personne libre. Cet article 43, qui persiste jusqu'au début du 19^{ème} siècle²³⁶, dispose qu'il est enjoint aux

²³³ Pour l'Allemagne, §32 StGB : « *Celui qui commet une infraction par légitime défense n'agit pas de manière illégale. La légitime défense est l'action nécessaire qui permet de se défendre - ou de protéger un tiers - contre une attaque immédiate et illégale* ». Pour la France, article 122-5 CP : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte [...] N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction* ».

²³⁴ MITTON F., *Les femmes et l'Adultère - De l'Antiquité à nos jours*, BNF, collection e-book, 1910.

²³⁵ Article 17 de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, JO, 12 juillet 1975, p. 7171.

²³⁶ Il est tout d'abord abrogé par le décret sur abolition de l'esclave du 4 février 1794 puis réintroduit par le décret de Napoléon du 20 mai 1802 rétablissant l'esclavage avant d'être définitivement abrogé par le décret sur l'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848.

« officiers de poursuivre criminellement les maîtres ou les commandeurs qui auront tué un esclave étant sous leur puissance ou sous leur direction et de punir le meurtre selon l'atrocité des circonstances ; et, en cas qu'il y ait lieu à l'absolution, permettons à nos officiers de renvoyer tant les maîtres que les commandeurs absous, sans qu'ils aient besoin d'obtenir de nous des lettres de grâce »²³⁷.

82. À première vue, cette disposition entend protéger la vie de l'esclave, renforçant par ce biais l'idée selon laquelle l'ordre juridique protégerait *toutes* les personnes humaines. Toutefois, outre la probable ineffectivité de ces dispositions lorsque la justice était demandée par un esclave²³⁸, la disposition autorise également les officiers à absoudre les maîtres qui ont tué un esclave, sans que le roi ait besoin de les gracier. Jusqu'à l'abolition du Code noir et de l'esclavage en 1848, cet article affaiblit donc la protection théoriquement accordée par la loi à la vie des esclaves²³⁹.

83. En revanche, en Allemagne, il n'existe pas d'atteintes à la vie qui peuvent être « excusées ». Dès lors, même si le §44 du Code pénal de 1851 permet au juge de prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce²⁴⁰ et le §177 du même Code de réduire la peine applicable à l'homicide commis « *sous le coup de l'émotion* »²⁴¹ - ce qui pourra permettre au juge, s'il le souhaite, de faire preuve de compréhension vis-à-vis de l'époux qui a tué son épouse adultérine - la loi ne hiérarchise pas expressément les différentes formes de vie.

84. Autrefois, le droit pénal hiérarchisait ainsi entre les différentes vies humaines, en fonction notamment du sexe ou de la race²⁴². Il ne protégeait pas la vie biologique, *zoe*. Le fait d'appréhender la protection de la vie de manière collective, comme servant le *maintien de la population* peut en partie expliquer ces hiérarchisations. En France, la protection de la vie humaine est avant tout perçue comme un *moyen* permettant d'assurer le *maintien de la population*. La vie est en effet appréhendée comme un bien collectif dont l'État peut disposer plus ou moins librement pour assurer sa pérennité²⁴³. Dans les théories du contrat social, la contrepartie de la protection accordée aux individus est en effet le transfert à l'État de la gestion de la vie : auparavant placée sous la tutelle du monarque, la vie est maintenant sous celle de l'État moderne. Comme le souligne un parlementaire en 1791, « *l'homme en se rangeant sous le pacte social met ses propriétés naturelles sous la protection de la*

²³⁷ Article 43 du Code noir.

²³⁸ Voir CASTALDO A., TAUBIRA C., *Codes Noirs. De l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006 ; REGENT F., *La France et ses esclaves. De la colonisation aux abolitions (1620-1848)*, Paris, Pluriel, 2009.

²³⁹ Décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises, Recueil Duvergier, p. 194.

²⁴⁰ §44 du Code pénal prussien.

²⁴¹ §177 du Code pénal prussien.

²⁴² Il pouvait également hiérarchiser entre la personne juridique et celle frappée de mort civile (la personne humaine). Voir, sur cette question, BAUD J.P., *Le droit de vie et de mort - archéologie de la bioéthique*, Paris, édition Aubier, 2001, p. 56 ; NIORT J.F., « Personne et discrimination : approche historique et théorique » in MERCAT BRUNS M., *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Paris, Dalloz, 2006, p. 15.

²⁴³ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

société»²⁴⁴ et il n'est, par conséquent, pas libre de disposer de sa vie comme il l'entend. Parce que « *chaque citoyen s'engage avec les autres, à se joindre en un seul corps* »²⁴⁵, l'individualité de chaque personne est mise de côté au profit d'une conception plus collective de la vie. En 1837, la Cour de cassation énonce d'ailleurs que « *les lois qui protègent la vie des hommes sont d'ordre public, les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté des citoyens* »²⁴⁶.

85. Cette appréhension collective de la vie explique, en partie, la *hiérarchisation* à laquelle procède le droit entre les différentes vies²⁴⁷. L'objectif premier de l'État étant d'assurer le *maintien de la population* - et non de protéger la vie en tant que telle - il accorde une protection moindre aux vies susceptibles de porter atteinte à son maintien, qu'il s'agisse des femmes infidèles ou des esclaves désobéissants²⁴⁸.

86. L'État renforce ainsi ses prérogatives en matière de *laisser vivre* tant par le biais d'un processus d'étatisation de la justice que par la création de normes pénales protectrices de la vie. Les dispositions édictées sont cependant mises en œuvre dans un but collectif, celui d'assurer le *maintien de la population* et, avec lui, le *faire vivre*.

Sous-section 2. *Faire vivre*

87. À l'époque moderne, la protection accordée à la vie se renforce considérablement. En effet, selon Michel FOUCAULT, l'une des caractéristiques des États modernes est le renforcement du pouvoir de *faire vivre*, qui constitue l'élément principal du *biopouvoir*, c'est-à-dire d'un pouvoir « *qui s'exerce positivement sur la vie, entreprend de la gérer, de la majorer, de la multiplier, d'exercer sur elles des contrôles précis et des régulations d'ensemble* »,²⁴⁹ et ce afin d'assurer le *maintien de la population*. Le *faire vivre* vise avant tout, à *multiplier* la vie, la *majorer*, la *soigner*, l'*allonger*, la *renforcer*, la *soutenir*.²⁵⁰ Dès lors, à l'époque moderne, une « *nouvelle obsession* »²⁵¹ étatique d'empêcher la survenance de la mort apparaît, tant par le développement de l'hygiénisme, l'intensification des politiques de santé publique, la

²⁴⁴ Opinion de J. JALLET, député de la province de Poitou, Paris, 1790 retranscrits in *Journal encyclopédique ou universel* dédié à Son Altesse Sérénissime Monseigneur le duc de Bouillon, Tome 1, 20 janvier 1791, p. 203.

²⁴⁵ POUMAREDE J., « De la sûreté à la sécurité : itinéraires historiques », in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Colloque 2006, Travaux de l'IFR, Mutation de la norme juridique, n° 7, Toulouse, PUSS, 2002, p. 73.

²⁴⁶ CC, chambre criminelle, 16 novembre 1827, Bulletin des arrêts de la CC en matière criminelle, tome 28, 1828, p. 135.

²⁴⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

²⁴⁸ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

²⁴⁹ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir, op. cit.*, p. 181.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 179.

²⁵¹ MEMMI D., TAÏEB E., « Les recompositions du faire mourir, vers une biopolitique d'institution », *Sociétés contemporaines*, 2009/3, n° 75, p. 5.

systématisation des campagnes de prévention - en matière de sécurité routière²⁵² ou d'accidents domestiques²⁵³ - la crainte permanente du risque dans le domaine professionnel²⁵⁴ ou la montée en puissance du « *sécuritarisme* »²⁵⁵, c'est-à-dire de la priorité accordée à la sécurité. Cependant, même si le *faire vivre* tend à se déployer partout, c'est dans le domaine de la santé qu'il se réalise à titre principal²⁵⁶ car le *faire vivre* implique nécessairement de protéger la santé de la population²⁵⁷ : son renforcement va nécessairement accroître celle de la vie²⁵⁸.

88. Pour protéger efficacement la santé - la vie - de *tous* les individus et *maintenir* ainsi la *population*, les États français et allemand organisent et garantissent l'accès aux soins *pour tous* (I). Cependant, dans la mesure où c'est toujours une perspective collective qui guide ce renforcement, la mise en œuvre du *faire vivre* peut également impliquer des restrictions aux libertés individuelles lorsque leur exercice est susceptible de mettre en péril ledit *maintien de la population* (II).

I. Protéger la vie par l'organisation d'un système collectif de soins

89. Le domaine de la santé apparaît comme le terrain privilégié de l'expression du biopouvoir puisque ce pouvoir entend agir sur « *la prolifération [de la vie], les naissances, la mortalité, le niveau de santé, la durée de vie, la longévité avec toutes les conditions qui peuvent les faire varier* »²⁵⁹. Pour faire vivre et améliorer la protection de la vie, le pouvoir politique intervient donc dans le domaine sanitaire et médical. Dans un premier temps, l'État renforce ses prérogatives en matière de santé principalement pour assurer la survie de la collectivité. Cela passe par la mise en place de politiques d'hygiène publique qui visent à agir sur l'environnement dans lequel vit la population²⁶⁰ (A) puis

²⁵² On peut citer, à titre d'exemples, pour la France, le décret du 27 mai 1921 concernant la réglementation de l'usage des voies ouvertes à la circulation publique, ou ultérieurement, la loi n° 99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs. Voir, pour l'Allemagne, EXNER M., *Hygiene und Öffentliche Gesundheit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, disponible sur http://www.ihph.de/publikationen/Hygiene_oeffentlGesundhei.pdf, p. 56.

²⁵³ On peut citer, à titre d'exemples, pour la France, la loi n° 83 660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses dispositions de la loi du 1^{er} août 1905 ; plus récemment la loi de santé publique de 2004 qui se fixe comme objectif la réduction des traumatismes non intentionnels dans l'enfance ou la campagne de 2009 sur les accidents domestiques « Protégez votre enfant » du ministère des Affaires sociales et de la Santé.

²⁵⁴ Voir par exemple, pour la France, l'article L4121-1 du Code du travail qui dispose que « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». Voir aussi, plus généralement, sur cette question : DOUZELOT J., *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Seuil, 1994.

²⁵⁵ MEMMI D., TAÏEB E., « Les recompositions du faire mourir, vers une biopolitique d'institution », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁶ Mais il trouve également des traductions juridiques dans d'autres branches du droit : Les politiques natalistes mises en place en France à partir du 19^{ème} siècle pourraient aussi être analysées sous l'angle du *faire vivre* : cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁵⁷ Mais aussi car la *santé* devient une *valeur* de la société moderne. Voir notamment, LEGRAND S., *Les normes chez Foucault*, Paris, PUF, 2007, p. 272.

²⁵⁸ Voir notamment, MATHIEU B., « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel », *Cahiers constitutionnels*, 1999, n° 6, p. 89 : « *Le respect du droit à la vie peut être considéré [...] comme le stade ultime du droit à la santé* ».

²⁵⁹ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité*, *op. cit.*, p. 183.

²⁶⁰ VINCENT LEGOUX M.C., *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, PUF, 2001, p. 366. Sur les différents aspects de la protection de la santé, voir aussi, GIRER M., « Le droit à la protection de la santé dans l'alinéa 11 du préambule de

par l'amélioration de l'accès aux soins et l'organisation d'un véritable système de santé publique. Au nom du maintien de la population, on passe ainsi d'une organisation d'hygiène publique, mue par l'idée de prévention, à une organisation de santé publique, au sein de laquelle s'ajoute, à l'idée de prévention, une finalité curative (B).

A. Le développement de l'hygiène publique

90. Améliorer la protection de la vie - *faire vivre* - implique de garantir la santé de la population. À partir du 18^{ème} siècle, la protection de la santé se réalise par la concrétisation des théories d'hygiène publique²⁶¹. *Maintenir la population* nécessite en effet que soit notamment mise en application la découverte selon laquelle il existe un lien important entre la protection de la santé et l'environnement dans lequel évoluent les individus²⁶². L'hygiène devient alors un véritable « *savoir social* »²⁶³ qui nécessite des investissements diversifiés pour lesquels l'État s'impose progressivement²⁶⁴. À titre d'exemple, en France comme en Allemagne²⁶⁵, l'État enjoint la population à avoir des latrines collectives dans les maisons, à jeter les ordures dans des tombereaux, interdit que les excréments ne soient jetés par la fenêtre et oblige au balayage des rues et au tri des déchets²⁶⁶. Par ailleurs, l'État prévoit la création des premiers trottoirs²⁶⁷. Au 19^{ème} siècle, l'intervention sanitaire de l'État s'accroît encore²⁶⁸ : afin de lutter contre les crises urbaine, sociale et morale²⁶⁹ et diminuer les épidémies, l'État prend des mesures d'assainissement²⁷⁰. Il procède à une réorganisation de l'espace urbain afin que les lieux à haut risques sanitaires, tels que les hôpitaux ou les tueries d'animaux soient mis à l'écart des habitations²⁷¹.

1946 : les impacts en termes de solidarité », *Médecine et droit*, 2016, p. 147 et suivantes ; JUAN S., « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *Revue de droit public*, 2006, n° 2, p. 439 ; GRÜNDLER T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, 2010, p. 835.

²⁶¹ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 23.

²⁶² KALFF E., LEMAITRE L., *Le logement insalubre et l'hygiénisation de la vie quotidienne (Paris, 1830-1990)*, Paris, Harmattan, 2008, p. 7.

²⁶³ RAUCH A., *Histoire de la santé*, Paris, PUF, 1995, p. 57.

²⁶⁴ RAUCH A., *Histoire de la santé*, *op. cit.*, p. 61.

²⁶⁵ EXNER M., *Hygiene und Öffentliche Gesundheit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, *op. cit.*, p. 49.

²⁶⁶ Par une ordonnance de 1767 citée par PREISSER P., HADDAG L., « Expliquer la production de déchets ménagers parisiens sur la période 1949-2004 », Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Maitrise d'économétrie 2006, sur [mémoireonline](#).

²⁶⁷ À Paris à partir de 1782.

²⁶⁸ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 167.

²⁶⁹ Pour la France, BOURDELAIS P., « Histoire de la population, histoire de la médecine et de la santé : 50 ans d'expérimentations », *Dynamis*, 17, 1997, p. 18.

²⁷⁰ Pour la France, KALFF E., LEMAITRE L., *Le logement insalubre et l'hygiénisation de la vie quotidienne (Paris, 1830-1990)*, Paris, Harmattan, 2008, p. 7. Pour l'Allemagne, HUDEMANN S.C., *Eroberung der Gesundheit 1750-1900*, *op. cit.*

²⁷¹ RAUCH A., *Histoire de la santé*, *op. cit.*, p. 57. Pour l'Allemagne, voir notamment, HÜNTELMANN A., *Hygiene im Namen des Staates : das Reichsgesundheitsamt 1876 - 1933*, Göttingen, Wallstein, 2008 ; BENNACK J., *Gesundheit und Schule : zur Geschichte der Hygiene im preussischen Volksschulwesen*, Vienne, Böhlau-Verlag GmbH, 1998 ; WITZLER B., *Grossstadt und Hygiene : kommunale Gesundheitspolitik in der Epoche der Urbanisierung*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995 ; JUNGBLUT M.P., *Sei sauber ...! : eine Geschichte der Hygiene und öffentlichen Gesundheitsvorsorge in Europa*, Cologne, Wienand, 2004.

91. À partir du 19^{ème}, « l'engagement de l'État devient l'évènement dominant des pratiques de santé »²⁷². La santé n'est plus une question privée mais devient un lien d'intervention des pouvoirs publics. L'objectif est de *maintenir la population* en jouant sur l'environnement et ainsi sur l'aspect *préventif* des politiques sanitaires. Il faut souligner que la population est ici, avant tout, perçue comme une « masse non individualisée » et la santé, sous un angle collectif : « *La santé [...] est destinée à rendre l'homme plus généralement utile à sa patrie, c'est-à-dire propre aux divers emplois auxquels peut l'appeler l'intérêt national* »²⁷³. L'État s'intéresse à la santé de la population car elle lui est profitable²⁷⁴. Elle assure en effet sa pérennité. La santé des individus est importante pour la population car « *le souci du corps, au-delà de l'individu lui-même, engage la société à laquelle il appartient* »²⁷⁵. C'est donc, historiquement, au nom du *maintien de la population* que la protection de la vie se voit renforcée.

B. Le développement de la santé publique

92. La protection de la vie se voit accrue par le développement d'un système de santé publique qui cherche à garantir l'accès aux soins *pour tous* les individus et par le renforcement, en parallèle, de l'aspect préventif des politiques de santé publique. Ainsi, même si en France et en Allemagne la notion de *santé publique* n'a pas la même résonance, historiquement, elles organisent toutes deux un système d'accès aux soins.

93. Elles mettent en place, à partir du 18^{ème} siècle des structures hospitalières garantissant progressivement la prise en charge des plus démunis. Comme de nombreux auteurs l'ont montré, l'accès aux soins, historiquement organisé par l'Église, fait ensuite l'objet d'une organisation étatique²⁷⁶. Cette idée est notamment retranscrite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 qui énonce que « *les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux* »²⁷⁷. Concrétisation de cette nouvelle philosophie, des dispositions sont, par

²⁷² RAUCH A., *Histoire de la santé, op. cit.*, p. 54.

²⁷³ *Ibid.*, p. 76.

²⁷⁴ LÉONARD J., *La France médicale au XIX^{ème} siècle*, Paris, Gallimard, 1978, p. 29.

²⁷⁵ RAUCH A., *Histoire de la santé, op. cit.*, p. 57.

²⁷⁶ RAUCH A., *Histoire de la santé, op. cit.*, p. 61. Voir aussi, ROMAN D., *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LDGJ, 2002 ; BORGETTO, *Sécurité sociale : démocratie et modernisation*, Paris, LDGJ, 1998 ; BORGETTO M., *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993 ; GRÜNDLER T., *La santé publique face aux droits fondamentaux, op. cit.*

²⁷⁷ Constitution du 24 juin 1793. Même si cette constitution n'est jamais appliquée, l'idée d'une assistance étatique aux plus démunis, elle, apparaît.

exemple, édictées en matière de protection de l'enfance²⁷⁸. Progressivement, l'État met aussi en place une assistance médicale gratuite²⁷⁹.

94. La mise en œuvre d'un pouvoir qui s'exerce *positivement* sur la vie entraîne ainsi la construction d'un nouveau système d'organisation des soins qui permet, en principe, à *toutes* les personnes d'y avoir accès. Il ne s'agit donc plus d'un emplacement où les indigents sont envoyés pour mourir mais d'un lieu de diagnostics et de soins.

95. Par la suite, la pièce maîtresse du système de santé publique²⁸⁰ - l'institution de la Sécurité sociale - est créée, en 1884, en Allemagne et, en 1945²⁸¹, en France. Elle constitue une nouvelle forme de régulation sociale par l'intervention de l'État dans le domaine de la santé²⁸². L'existence d'une assurance maladie montre que la santé est appréhendée, en France comme en Allemagne, de manière collective et solidaire²⁸³. Cela favorise un plein accès aux soins. En effet, pour que la population soit maintenue, il faut que *toutes* les vies soient protégées, qu'elles soient *toutes* soignées si nécessaire, y compris si la personne n'a pas les moyens de payer les soins. Aujourd'hui, l'article L111-2-1 du Code de la Sécurité sociale français dispose d'ailleurs que « *la Nation affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de la prise en charge des frais de santé assurée par la Sécurité sociale. La protection contre le risque et les conséquences de la maladie est assurée à chacun, indépendamment de son âge et de son état de santé. Chacun contribue, en fonction de ses ressources, au financement de cette protection* », tandis que le §1 du livre V du Code de la sécurité sociale allemand dispose que « *la Sécurité sociale, en tant que communauté solidaire, a le devoir de maintenir la santé des assurés, de la restaurer et d'améliorer leur état de santé* »²⁸⁴. Le *faire vivre* suppose donc que la collectivité prenne en charge toutes les dépenses de santé.

96. La mise en place d'un système de santé publique s'est également traduite par la concrétisation de l'idée d'un accès universel aux soins pour tous. L'accès aux soins est assuré en France depuis la loi du 21 décembre 1941 qui ouvre l'hôpital public à l'ensemble de la

²⁷⁸ Un décret du 27 novembre 1795 sur l'accouchement dans le secret prévoit notamment l'accueil gratuit des nouveau-nés dans les hospices de la République. La loi du 28 novembre 1796 crée dans chaque commune des bureaux de bienfaisance qui apportent un secours aux habitants les plus démunis.

²⁷⁹ Pour la France, voir notamment, la loi du 10 janvier 1849 qui crée l'Administration générale de l'assistance publique de Paris. Voir aussi, la loi du 7 août 1851 sur les hôpitaux et les hospices et la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite. Voir aussi, Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, *Penser l'assistance*, 2013, p. 24. Pour l'Allemagne, l'organisation de l'accès à l'hôpital se renforce également à partir de la fin du 18^{ème} siècle : l'une des premières structures à se nommer *hôpital* apparaît à Nuremberg en 1770 et en 1784 l'hôpital général de Vienne est créé. Voir, EXNER M., *Hygiene und Öffentliche Gesundheit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁰ GIRER M., «Le droit à la protection de la santé dans l'alinéa 11 du Préambule de 1946 : les impacts en termes de solidarité », *op. cit.*, p. 147.

²⁸¹ Ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la Sécurité sociale.

²⁸² Sur cette question, voir notamment, BORGETTO M., *Sécurité sociale, démocratie et modernisation*, *op. cit.*

²⁸³ BORGETTO M., *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, *op. cit.*

²⁸⁴ §1 SGB V - livre 5 du Code de la Sécurité sociale allemande.

population²⁸⁵. Par ailleurs, la loi dispose aujourd'hui que « *l'État garantit l'accès effectif des assurés aux soins sur l'ensemble du territoire* »²⁸⁶. En Allemagne, la loi assure également aux assurés sociaux le droit à un traitement médical²⁸⁷.

97. Le *faire vivre* conduit ainsi les États à mettre en place les mesures nécessaires à la sauvegarde de la santé de la population. Le respect du *faire vivre* implique alors de nouvelles obligations pour l'État sous peine de sanction. À l'échelle nationale française, le non-respect de cette obligation peut aujourd'hui entraîner l'engagement de la responsabilité de l'État pour carence fautive. Dans un arrêt du 3 mars 2004, le Conseil d'État a, par exemple, condamné l'État pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires à la protection de la santé des travailleurs exposés à l'amiante. Ainsi, « *du fait de ces carences dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante, l'État avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité* »²⁸⁸. À l'échelle internationale, la Cour européenne des droits de l'homme impose également aux États l'obligation de garantir la santé des individus, en faisant notamment découler de l'article 2 de la Convention une obligation générale de protéger la vie contre les risques liés à la maladie²⁸⁹ ou de développer des politiques de santé publique qui assurent un niveau de compétences suffisant aux professionnels afin qu'ils puissent bien garantir le respect de la vie²⁹⁰.

98. Mais, le *faire vivre* suppose également le développement de politiques prophylactiques. L'un des dix objectifs prévus par le Code de santé publique pour assurer la protection de la santé - et donc de la vie - des individus, est « *la prévention des maladies* »²⁹¹. Dès le 18^{ème} siècle, c'est là l'une des nouvelles fonctions de la médecine qui met, par exemple, en place des mesures de quarantaine pendant les grandes épidémies²⁹². La médecine préventive joue un rôle probablement tout aussi important dans l'augmentation de l'espérance de vie²⁹³ et la diminution de la mortalité infantile que les découvertes des sciences naturelles²⁹⁴. Progressivement, on comprend que les succès de la

²⁸⁵ Loi du 21 décembre 1941 sur la réorganisation des hôpitaux et des hospices civils.

²⁸⁶ Article L111-2-1 CSS. En ce sens, l'article L6111-1 CSP dispose aussi que « *les établissements de santé publics, privés et privés d'intérêt collectif assurent, dans les conditions prévues par le présent code, le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes* », imposant ainsi la prise en charge des personnes les plus vulnérables et démunies.

²⁸⁷ §27 SGB V.

²⁸⁸ CE, 3 mars 2014, n° 241150. Voir sur ce point, notamment, PRADA BORDENAVE E., « Les carences de l'État dans la prévention des risques liés à l'amiante », *RFDA*, 2004, p. 612 ; ARBOUSSET H., « Amiante : la responsabilité de l'État est, enfin, reconnue par le Conseil d'État », *Dalloz*, 2004, p. 973.

²⁸⁹ CEDH, 1^{er} mars 2001, *Berkay contre Turquie*, n° 2249393, §154. Voir notamment, GRÜNDLER T., « Le droit à la protection de la santé », *Revue des droits de l'homme*, 1/2012.

²⁹⁰ CEDH, 4 mai 2000, *Powell contre Royaume-Uni*, n° 4530599.

²⁹¹ Article L1411-1 CSP.

²⁹² Définition de l'encyclopédie Universalis pour « Médecine préventive ».

²⁹³ ACKERKNECHT E.H., *Geschichte der Medizin*, *op. cit.*, p. 182.

²⁹⁴ ACKERKNECHT E.H., *Geschichte der Medizin*, *op.cit.*, p. 188.

médecine reposent en grande partie sur les changements de comportements de la population²⁹⁵. Récemment, en France, en 2017, le rapport de l'IRDES sur la nouvelle loi de modernisation de la santé énonce que « *l'objectif de cette loi santé est de s'attaquer aux inégalités de santé, en affirmant la place déterminante de la prévention et de l'éducation en santé et en installant un parcours de soins, c'est-à-dire une prise en charge dans la proximité et la continuité* »²⁹⁶. En Allemagne, une loi du 17 juillet 2015 pour le renforcement de la promotion de la santé et de la prévention²⁹⁷ a pour but - selon les termes de la secrétaire d'État à la santé - de « *favoriser la promotion de la santé au quotidien, à la crèche, dans les écoles, au travail ou dans les maisons de retraite. Elle doit améliorer le dépistage précoce des maladies et le recours à la vaccination. Le but est d'éviter la maladie avant qu'elle n'apparaisse* »²⁹⁸.

99. L'État déploie ainsi un arsenal de mesure visant à améliorer la santé de la population, assurant par ce biais la protection de la vie, de telle sorte que la santé publique peut être « *comprise et rétablie comme une fonction parmi les plus régaliennes de l'État* »²⁹⁹. En effet, les prérogatives de santé publique peuvent être considérées comme indissociables de l'idée de souveraineté³⁰⁰ puisqu'elles sont nécessaires à la survie même de l'État. Ainsi, « *la santé de la collectivité a été historiquement la première recherchée, avant même que l'individu ne soit envisagé comme le titulaire de droits. La dépendance de l'État à l'égard de sa population tant pour des raisons économiques que militaires imposait que celui-là se préoccupe de la santé de ses sujets avant d'être envisagé comme un droit, la santé fût perçue comme un impératif social* »³⁰¹. Progressivement, une perspective plus individualisée de la santé s'ajoute cependant à cette approche très collective. La santé devient perçue comme un droit *individuel*, notamment sous l'influence, après la Seconde Guerre mondiale, d'un processus de consolidation et de réaffirmation des droits de l'homme³⁰². Approches collectives et individualisées se superposent alors l'une à

²⁹⁵ En France, la loi de 1988 sur la Sécurité sociale crée un fonds national de prévention puis la loi de 2002 relative aux droits des malades dispose que « *les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention* » et crée l'institut national de prévention et de promotion de la santé - Article 7 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique. Voir sur cette question, LEMESTRE-SIMON C., « Les origines de la médecine préventive universitaire en France de 1920 à 1940 », *Histoire des sciences de la médecine*, tome 18, n° 4, 1984, p. 369 ; RAUCH A., *Histoire de la santé*, op. cit., p. 91 ; ACKERKNECHT E.H., *Geschichte der Medizin*, op. cit., p. 182 ; BRIESEN D., *Das gesunde Leben : Ernährung und Gesundheit seit dem 18 Jahrhundert*, Francfort sur le main, Campus Verlag, 2010, p. 120.

²⁹⁶ IRDES, *La loi de modernisation de notre système de santé*, Synthèse documentaire, octobre 2017, titre 1.

²⁹⁷ Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention, 17 juillet 2015.

²⁹⁸ Propos d'Ingrid Fischbach, secrétaire d'État, disponible sur <http://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/praevention/praeventionsgesetz.html>.

²⁹⁹ MORELLE A., *La défaite de la santé publique*, Paris, Flammarion, 1998, p. 262.

³⁰⁰ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 39.

³⁰¹ GRÜNDLER T., « Le droit à la protection de la santé », op. cit., p. 222.

³⁰² Voir, en ce sens, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » ; cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

l'autre. En effet, « *la santé est en elle-même une situation individuelle [...], par les facteurs qui la conditionnent ou la compromettent, par les moyens de la rétablir, elle apparaît aussi comme un phénomène social. Il s'agit d'accroître la somme des santés individuelles* »³⁰³. D'une organisation (collective) de l'accès aux soins, on se dirige alors progressivement vers un *droit* aux soins ouverts à tous³⁰⁴. La protection de la vie s'en trouve accrue puisque l'approche collective et l'approche individuelle poursuivent toutes deux la même finalité³⁰⁵ : protéger la vie et accroître le *faire vivre*. Preuve de l'importance accordée à la protection de la santé et de la vie humaine, le *faire vivre* - n'apparaît plus seulement comme une obligation étatique mais devient progressivement un devoir individuel³⁰⁶. Cependant, la reconnaissance du caractère individuel du droit à la santé peut entraîner des conflits entre, d'un côté, l'obligation étatique de *faire vivre* et, de l'autre, la réalisation de la liberté individuelle. Dans un tel cas de figure, l'État limite, au nom du *faire vivre*, lorsque la protection de la vie de la collectivité le justifie, la liberté individuelle des individus dans le domaine sanitaire et médical de manière plus ou moins directe et contraignante³⁰⁷.

II. Protéger la vie par l'imposition de comportements sanitaires

100. Depuis la seconde moitié du 21^{ème} siècle, la vie et la santé ne sont plus seulement appréhendées comme des biens *collectifs* sur lesquels l'État déploie le biopouvoir mais également comme des biens *individuels* sur lesquels les individus disposent d'un pouvoir décisionnel (**A**). Cela étant, une appréhension *collective* de la santé et de la vie coexiste encore, particulièrement en France, avec une appréhension purement individualisée de celle-ci. De ce fait, au nom du *faire vivre*, l'exercice de certaines libertés individuelles peut être limité (**B**).

A. Le principe de l'autonomie décisionnelle du patient

101. Le droit à la protection de la santé devient progressivement un *droit individuel*. À l'échelle internationale, tant la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁰⁸, le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels³⁰⁹, la Convention relative à la lutte contre les discriminations raciales³¹⁰, celle à l'encontre des femmes³¹¹, celle sur les droits de l'enfant³¹² que la

³⁰³ AUBY J.M., *Droit de la santé*, Paris, PUF, 1981, p. 12.

³⁰⁴ Définition de l'encyclopédie Larousse pour « Assistance publique ».

³⁰⁵ GOT C., *L'expertise en santé publique*, Paris, PUF, n° 3747, 2005, p. 3.

³⁰⁶ AUBY J.M., « L'obligation à la santé », *Annal de la fac de droit de l'université de bordeaux*, 1955, n° 1, p. 9.

³⁰⁷ Voir notamment, LAUDE A., MATHIEU B., BIOY X., « Constitutions et santé », *RDSS*, 2013 p. 5.

³⁰⁸ Article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

³⁰⁹ Article 12 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

³¹⁰ Article 5 §E-IV de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965.

Charte sociale européenne³¹³ ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³¹⁴ consacrent un droit à la protection de la santé.

102. Par ailleurs, en France, le préambule de 1946 est considéré comme consacrant un droit à la protection de la santé puisqu'il énonce que « *la nation garantit à tous [...] la protection de la santé* »³¹⁵. Certains auteurs estiment que « *c'est donc d'abord du texte constitutionnel qu'est déduit le droit à la protection de la santé* »³¹⁶. L'alinéa 11 du préambule de 1946 à valeur constitutionnelle³¹⁷ amène même certains auteurs, tels que Tatiana GRÜNDLER, à s'interroger, à l'aune du contexte international, sur l'existence en France d'un *droit fondamental* à la santé³¹⁸. En ce sens, le Code de la santé publique garantit en France l'égal accès aux soins pour tous³¹⁹, disposant que « *le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne* »³²⁰ y compris pour les personnes démunies³²¹. Le terme de *droit fondamental* tend ici à insister sur la dimension *individuelle* de ce droit. Il en va de même en Allemagne où l'article 2 de la Loi fondamentale (LF) - qui consacre un droit au libre épanouissement de la personnalité (alinéa 1) ainsi qu'à la vie et à la protection de l'intégrité physique - est interprété comme consacrant également un droit à la protection de la santé³²². Par ailleurs, dans les deux pays, il est interdit à tout professionnel de santé de refuser de délivrer des soins à des personnes bénéficiaires de la couverture maladie universelle et

³¹¹ Article 11 §1-f et article 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.

³¹² Article 24 §1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

³¹³ Article 11 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996.

³¹⁴ Article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 26 octobre 2012, C326/391.

³¹⁵ Alinéa 12 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

³¹⁶ Voir notamment, GRÜNDLER T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, 2010, p. 835.

³¹⁷ Conseil constitutionnel, DC, n° 71-44, 16 juillet 1971, « Liberté d'association ».

³¹⁸ Sur cette question, GRÜNDLER T., « Le droit à la protection de la santé », *op. cit.* ; BLACHER P., « Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Médecine et droit*, 2016, p. 134 ; GIRER M., « Le droit à la protection de la santé dans l'alinéa 11 du préambule de 1946 - les impacts en termes de solidarités », *op. cit.*, p. 147 ; JUAN S., « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif », *op. cit.*, p. 439 ; GRÜNDLER T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *op. cit.*, p. 835 ; GAY L., « L'interprétation de l'alinéa 11 du préambule constitutionnel de 1946, droit individuel aux prestations de Sécurité sociale ou protection de la santé publique ? Il faut choisir », *RFDC*, 2005, p. 362 ; BIOY X., « Le droit à l'accès aux soins : un droit fondamental ? », in POIROT-MAZERES I. (dir.), *L'accès aux soins, principes et réalité*, Actes de colloque, n° 8, LGDJ, 2008 ; LAUDE A., MATHIEU B., BIOY X., « Constitutions et santé », *RDSS*, 2013, p. 5.

³¹⁹ Article L1110-1 CSP : « *Garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé* ».

³²⁰ Article L1110-1 CSP.

³²¹ Article L1110-3 CSP.

³²² BVerfG, 14 janvier 1981, 1 BvR 612/72 - BVerfGE 56, 54, §72 : « *Il est de jurisprudence courante que l'article 2 alinéa 2 - qui protège l'intégrité physique des personnes - entend protéger l'individu contre des atteintes de l'État. Ce qui n'a pas encore été clarifié, c'est la question de savoir si l'article 2 alinéa 2 se limite à la protection de l'intégrité physique dans un sens biológico-psychologique ou s'il s'étend aussi au domaine mental et physique, c'est-à-dire au bien-être mental ou social* » ; JARASS H., PIEROTH B., *GG-Kommentar*, C.H. Beck, München, Article 2, §83, 11^{ème} édition, 2011, p. 89. Voir aussi, BVerfG, 6 décembre 2005, 1 BvR 437/98 : « *Il est contraire à l'article 2 alinéa 1 et 2 LF mis en relation avec le principe d'état social de refuser à un assuré social le remboursement des soins médicaux auto-prescrits pour traiter sa maladie mortelle alors qu'aucun autre moyen de traitement conventionnel n'était disponible, dès lors que ce traitement peut conduire à une possible amélioration de son état* ». Voir aussi, SCHIMDT, BLEIBTREU, HOFMAN, HOPFAUF, *GG-Kommentar*, 12^{ème} édition, 2011, Article 2, §52, p. 185.

de l'aide médicale d'État³²³. Or, dans la mesure où l'impossibilité d'accéder aux soins est sanctionnée, il est alors possible de dire que la protection de la santé semble être abordée comme un *droit*³²⁴ et que *tous* les individus doivent avoir accès aux soins, au *faire vivre*.

103. Si la santé est désormais appréhendée comme un bien individuel, sa sauvegarde ne peut pas être imposée par l'État de manière autoritaire³²⁵. Les décisions qui concernent leur santé, et donc leur vie, doivent avoir été acceptées par les individus³²⁶. En ce sens, l'article 16-3 du Code civil dispose d'ailleurs que « *le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* », tandis que le §630d du Code civil allemand précise qu'« *avant la réalisation d'un acte médical, particulièrement lorsqu'il implique une atteinte à l'intégrité physique, le médecin est obligé de recueillir le consentement du patient* »³²⁷. Pour que le consentement soit éclairé, une obligation d'information pèse sur le médecin. La loi française et allemande impose aux médecins d'informer leurs patients de manière claire, approfondie et éclairée des conséquences et enjeux de l'acte en cause³²⁸. *L'individualisation* de la santé renforce ainsi *l'autonomie* décisionnelle des patients. L'article 1111-4 du Code de santé publique (CSP) dispose, en ce sens, que « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* »³²⁹, consacrant ainsi un principe de codécision entre le patient et le médecin. Depuis 2013, la Haute autorité de santé (HAS) promeut, elle aussi, le concept de la *décision médicale partagée*, diffusé tout d'abord par l'Organisation mondiale

³²³ En Allemagne, le médecin affilié aux caisses d'assurance maladie publique est également obligé de fournir des soins au regard du §27 SGB V. En outre, le Code de Sécurité sociale consacre un droit aux assurés sociaux d'obtenir le traitement médical nécessaire à la reconnaissance ou à la guérison d'une maladie, à la limitation de ses conséquences ou au soulagement de ses souffrances (Bundesmantelvertrag). PESTALOZZA C., « Das Recht auf Gesundheit - Verfassungsrechtliche Dimension », *Bundesgesundheitsblatt*, 9-2007, p. 1113 ; KIRCHHOF P., « Ein Recht auf Gesundheit », disponible sur http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Volkskrankheiten/Volkskrankheiten_kirchhof.pdf. En France, l'article L1110-3 CSP dispose même « *en cas de refus d'admettre un malade qui remplit les conditions requises pour être admis, alors que les disponibilités en lits de l'établissement permettent de le recevoir, l'admission peut être prononcée par le directeur général de l'agence régionale de santé* ». Voir aussi, l'article L162-1-14 Code de la Sécurité sociale.

³²⁴ En ce sens, on peut également noter la consécration en France et en Allemagne d'un droit à l'arrêt de travail en cas de maladie.

³²⁵ En ce sens, voir notamment JUAN S., « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif », *op. cit.*, p. 439 : « *L'individu est un acteur à part entière - et souvent le premier - du respect de son droit à la protection de la santé* ».

³²⁶ BERLIVET L., « Les ressorts de la "biopolitique" : "dispositifs de sécurité" et processus de "subjectivation" au prisme de l'histoire de la santé », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 4/2013 (n° 60-4/4 bis), p. 106.

³²⁷ §630 d BGB. Par ailleurs, le §228 du Code pénal allemand énonce, quant à lui, que si une atteinte à l'intégrité physique a été consentie, l'acte ne peut être légal que s'il n'est pas contraire aux bonnes mœurs.

³²⁸ Voir pour la France, l'article R4127-35 CSP et l'article 16-3 alinéa 1 du Code civil ; pour l'Allemagne, le §630e du BGB.

³²⁹ À ce propos, le commentaire officiel du Code de la santé publique précise que « *l'apport de l'article L1111-4, issu de la loi du 4 mars 2002, est toutefois d'exprimer le consentement d'une façon différente, non plus seulement comme l'adhésion du patient à une décision technique du professionnel de santé, mais comme une codécision* ». Voir également CLUZEL-MÉTAYER L., « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDS*, 2012, p. 442.

de la santé en 2008³³⁰, qui « correspond à l'un des modèles de décision médicale qui décrit deux étapes clés de la relation entre un professionnel de santé et un patient que sont l'échange d'informations et la délibération en vue d'une prise de décision acceptée d'un commun accord concernant la santé individuelle d'un patient »³³¹. En Allemagne, un tel principe, bien que non consacré par la loi, guide également la relation patient-médecin puisque le ministère de la Santé a subventionné un vaste programme de recherche intitulé « *le patient comme associé du processus de décision médical* »³³² de 2001 à 2005. Ainsi, la participation de l'individu à la protection de sa santé est progressivement considérée comme indispensable. Autrefois fondé sur un rapport d'obéissance³³³, la relation entre le médecin et le patient se transforme au fil des évolutions du *faire vivre*³³⁴. La participation du patient est peu à peu jugée indispensable, à la fois car elle est une condition du respect des droits et libertés fondamentales des individus (droit à l'autonomie personnelle, à l'intégrité physique, à la liberté individuelle) et car elle est une condition de la bonne réalisation du *faire vivre*. L'individu devient l'un des acteurs du *faire vivre*³³⁵. Plutôt que de lui imposer, de façon contraignante, le respect de certains comportements, il est associé aux décisions relatives à sa santé afin que d'augmenter les chances qu'ils les mettent effectivement en œuvre.

104. À première vue, le *faire vivre* s'accompagne d'un renforcement de certains droits individuels dans le domaine médical. En passant d'une conception uniquement collective de la santé - *maintien de la population* - à une conception en partie individualisée de celle-ci, un droit à l'autodétermination émerge. Il est possible de considérer qu'« aujourd'hui, la santé appartient autant à l'individu qu'à la société »³³⁶. Cependant, l'exercice des libertés individuelles ne coïncide pas toujours avec l'objectif du *maintien de la population*. Or, lorsqu'une opposition apparaît entre les deux, l'État fait primer une conception collective de la santé. En d'autres termes, l'importance accordée à la protection de la vie est telle qu'elle peut primer sur le respect de la liberté individuelle.

³³⁰ OMS, *Where are the patients in decision-making about their own care ?* Geneva, 2008 cité par BOULEUC C., POISSON D., « La décision médicale partagée », *Laennec*, 4/2014, p. 4.

³³¹ HAS, *Patient et professionnels de santé : décider ensemble*, Synthèse de l'état des lieux, octobre 2013.

³³² Voir sur ce point, LOH A., SIMON D., NIEBLING W. (dir.), « Patientenbeteiligung bei medizinischen Entscheidungen », *Zeitschrift für Allgemeinmedizin*, 81, 2005, p. 550 ; LOH A., SIMON D., « Gemeinsam entscheiden - erfolgreich behandeln? », *Managed Care* 2, 2007, p. 7 ; HÄRTER M., LOH A., SPIES C. (dir.), « Gemeinsam entscheiden - erfolgreich behandeln - Neue Wege für Ärzte und Patienten im Gesundheitswesen », *Deutscher Ärzteverlag*, 2005, Köln ; SCHEIBLER M.A F., PFAFF H. (dir.), *Shared Decision-Making: Der Patient als Partner im medizinischen Entscheidungsprozess*, Taschenbuch, Juventa, 2003.

³³³ Voir notamment, FRAGU P., « La relation médecin-patient : histoire d'une transformation », *Éthique & santé*, Vol.1, 1^{er} janvier 2004, p. 26.

³³⁴ BOULEUC C., POISSON D., « La décision médicale partagée », *op. cit.*, p. 4.

³³⁵ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 11.

³³⁶ MALET E., *Santé publique et libertés individuelles*, Paris, La documentation française, 1993, 4^{ème} de couverture.

B. Les limites de l'autonomie décisionnelle du patient

105. L'exercice de la liberté individuelle peut parfois contredire le *faire vivre*. En effet, il arrive que les individus adoptent des comportements nocifs pour leur santé et donc pour leur vie. Dans un tel cas de figure, il faut observer que le respect du *faire vivre* l'emporte, particulièrement en France, sur celle des libertés individuelles. En effet, en raison d'une conception toujours très collective de la vie et de la santé, la liberté d'une minorité d'individus peut être restreinte au nom de la protection de la collectivité. Ainsi, au nom du *maintien de la population*, l'État peut *imposer* des obligations aux individus en matière médicale, par exemple, se faire vacciner (2). Toutefois, l'*obligation* et la *sanction* ne sont pas les armes privilégiées du biopouvoir et, partant, du *faire vivre*. Celui-ci tend, au contraire, à se déployer de manière diffuse : c'est davantage sous la forme d'une injonction ou d'une *incitation juridique* à rester en bonne santé que d'une réelle *obligation* que se manifeste le *faire vivre* (1).

1. Des mesures incitatives

106. En France et en Allemagne, la santé est toujours considérée comme un bien collectif sur lequel l'État peut exercer, au nom de la protection de la vie et le *maintien de la population*, un (bio)pouvoir qui se déploie avant tout par le biais de mesures non directement contraignantes.

107. En France, non seulement, d'après la lettre du texte du préambule de 1946, c'est la nation qui est le titulaire d'une obligation de protection³³⁷ et non les individus d'un *droit* à son octroi, mais le Conseil constitutionnel ne consacre qu'un principe constitutionnel de *santé publique*³³⁸. Ce n'est que la dimension collective de ce droit qui a valeur constitutionnelle³³⁹. Qui plus est, l'article L1110-10 CSP qui consacre un droit fondamental à la santé appréhende davantage l'accès aux soins comme une obligation du service public que comme un droit individuel³⁴⁰. En ce sens, dans un arrêt du 8 septembre 2005, le Conseil d'État énonce que « *si en raison du renvoi fait par le préambule de la Constitution de 1958 au préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas, contrairement à ce qu'a affirmé le premier juge*

³³⁷ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 227.

³³⁸ Dans une décision du 8 janvier 1991 concernant la constitutionnalité de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, le Conseil constitutionnel considère que « *ces dispositions trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de protection de la santé publique* » (Conseil constitutionnel, DC n° 90-283, 8 janvier 1991, considérant 11). Voir aussi, Conseil constitutionnel, DC n° 2002-463, 12 décembre 2002, considérant 13 ; Conseil constitutionnel, DC n° 90-287, 16 janvier 1991, considérant 24.

³³⁹ En ce sens, BLACHER P., « Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 134.

³⁴⁰ En effet, l'alinéa 2 de cet article dispose que « *les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible* ». Voir sur ce point, JUAN C., « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *op. cit.*, p. 439.

que le droit à la santé soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L521-2 du code de justice administrative »³⁴¹. Le droit à la santé ne compte ainsi pas aux titres des libertés fondamentales protégées par le référé-liberté³⁴². Le juge considère ici que seul le principe de protection de la santé publique a valeur constitutionnelle³⁴³, faisant primer la dimension collective de la santé sur sa dimension individuelle³⁴⁴. Dès lors, il n'existe aucun « droit individuel à vivre en bonne santé qui autoriserait chacun à s'en prévaloir, et le cas échéant à exiger réparation dans tous les cas où la jouissance de ce droit serait perturbée »³⁴⁵.

108. Il découle de cette appréhension toujours collective de la vie, une obligation, fût-elle diffuse et latente, pour les individus de rester en bonne santé. Pour preuve, au nom de la santé publique, un certain nombre d'incitations aux bons comportements sanitaires sont mises en œuvre dans le cadre des politiques de prévention qui servent à éduquer la population³⁴⁶ aux bons comportements sanitaires³⁴⁷. Comme l'ont montré plusieurs travaux³⁴⁸, des croisades sanitaires sont ainsi menées³⁴⁹, que ce soit sur l'alcool, le tabac, la drogue ou le sida³⁵⁰. L'éducation devient un élément central du biopouvoir sanitaire³⁵¹. À titre principal, cette éducation est réalisée de manière diffuse, indirecte, par des techniques de soi, c'est-à-dire par des techniques qui cherchent à faire intérioriser par les individus les contraintes extérieures. « Il ne s'agit plus en effet, ni d'interdire, ni d'imposer une grille disciplinaire préalable, mais de laisser jouer la liberté de chacun de telle sorte qu'elle conduise d'elle-même aux effets attendus : la "main invisible" n'est pas d'abord une théorie économique, elle est d'abord une certaine technologie politique »³⁵². L'individu est ainsi orienté dans ces choix, les campagnes de prévention insistant sur la nécessaire implication des individus dans la gestion de sa santé³⁵³.

³⁴¹ CE, 8 septembre 2005, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA*, 2005, p. 1709.

³⁴² Voir sur ce point, BIOY X., « Le tabagisme est un domaine propice au développement de nouveaux principes relatifs aux libertés », *Dalloz*, 2006, p. 124 ; LAUDIJOIS M., « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », 2006, p. 376.

³⁴³ Voir sur ce point, GRÜNDLER T., « Le droit à la protection de la santé », *op. cit.*, p. 218 ; GRÜNDLER T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, 2010, p. 83

³⁴⁴ Voir aussi, en ce sens, CE, *Réflexions sur le droit de la santé*, EDCE n° 49, Paris, La Documentation française, 1998, p. 239.

³⁴⁵ CE, *Réflexions sur le droit à la santé*, *op. cit.*, p. 238.

³⁴⁶ RAUCH A., *Histoire de la santé*, *op. cit.*, p. 48.

³⁴⁷ Voir sur ce point, ARVEILLER J., « De l'Hygiène publique à l'éducation sanitaire », *Les sciences de l'éducation*, 2006/1, Vol. 39, p. 138.

³⁴⁸ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 14 ; MASCARELLO M., « L'exemple de la lutte contre le tabagisme en France : le cas de la loi Evin », in MALET E. (dir.), *Santé publique et liberté individuelle*, *op. cit.*, p. 93 ; ARMSTRONG D., *Histoire de la médicalisation du corps humain et de certaines conditions de vie au 20^{ème}*, *op. cit.*, p. 105-106.

³⁴⁹ BORRILLO D., *L'homme propriétaire de lui-même - Le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, Thèse de doctorat, Strasbourg, 1991, Atelier national de reproduction des thèses, Lille, p.137.

³⁵⁰ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 142 ; RAUCH A., *Histoire de la santé*, *op. cit.*, p. 50.

³⁵¹ ARMSTRONG D., *Histoire de la médicalisation du corps humain et de certaines conditions de vie au 20^{ème}*, *op. cit.*, p. 105-106.

³⁵² POTTE-BONNEVILLE M., « Individualisation et subjectivation : remarques à partir de Michel Foucault », in CORCUFF P., LE BART C., DE SINGLY F., *L'individu aujourd'hui - débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, Colloque de Cerisy, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 122.

³⁵³ Voir notamment le rapport d'activité de l'INPES en 2008, disponible sur <http://inpes.santepubliquefrance.fr/RA2008/RA2008-Inpes-version-integrale.pdf>.

109. En Allemagne, comme en France, cette conception collective³⁵⁴ peut imposer aux individus de se maintenir en bonne santé. Ainsi, des processus de *responsabilisation* imposent aux individus d'adopter un comportement sain. On constate en Allemagne la suppression progressive du remboursement de certaines prestations au nom du principe de *responsabilité individuelle*³⁵⁵. Le projet de loi du 16 juin 2003 relatif à la modernisation du système de santé énonce qu'« *il faut renforcer à l'intérieur du système de santé le sentiment de responsabilité* »³⁵⁶ et que « *la prévention et la responsabilité individuelle seront promues et renforcées* »³⁵⁷. En 2003, le §1 du Code de la sécurité sociale dispose que les nouvelles dispositions tendent à « *encourager la gestion autonome et la responsabilité individuelle des assurés* »³⁵⁸. Plus récemment, la loi allemande du 17 juillet 2015 relative à l'amélioration de la prévention en matière de santé insiste sur l'importance d'un comportement *responsable* pour soi-même et pour la collectivité³⁵⁹. Cette loi modifie notamment le §1 du Code de la sécurité sociale qui dispose désormais qu'une protection effective de la santé implique « *d'encourager la gestion autonome de la santé et la responsabilisation des assurés* »³⁶⁰. Le §52 du même Code prévoit également la réduction de la prise en charge de certains soins si l'individu est responsable de son état de santé³⁶¹.

110. Dans les deux pays, les individus sont alors guidés dans leurs choix sanitaires³⁶², notamment par le corps médical qui, sans être aussi directif qu'autrefois, reste influent, disposant d'une grande autorité sociale³⁶³ en raison notamment de sa connaissance scientifique³⁶⁴. Son rôle demeure fondamental : c'est lui qui *surveille* les comportements individuels, que ce soit en matière de nutrition, de tabac ou d'alcool, pour le compte de l'État, afin de protéger la vie des individus et garantir ainsi le *maintien de la population*. Par le biais de la prévention, de l'éducation ou de la

³⁵⁴ Le §1 du code de la Sécurité sociale dispose par exemple que « *la Sécurité sociale, en tant que communauté solidaire, a le devoir de maintenir la santé des assurés, de la restaurer et d'améliorer leur état de santé* ».

³⁵⁵ « *Eigenverantwortung* ».

³⁵⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems, Drucksache 15/1170, 16 juin 2003, p. 55.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 56 : Voir également UNSCHULD P.U., « *Geschichte der Medizin : der Patient als leidender und Kunde* », *op.cit.* ; WILLE E., « *Anmerkung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Gesundheitssystems* », *Wirtschaftsdienst*, 2003, n° 6, p. 365.

³⁵⁸ §1 SGB V.

³⁵⁹ Gesetzes zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention, 17 juillet 2015.

³⁶⁰ §1 SGB V.

³⁶¹ Si cet état de santé résulte par exemple de la réalisation d'une infraction, d'une opération esthétique, d'un tatouage ou de piercing.

³⁶² Voir notamment, MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*, p. 26. Pour l'Allemagne, LACHMUND J., « *Die Profession, der Patient, und das medizinische Wissens* », *Zeitschrift für Soziologie*, 16, Vol. 5, octobre 1987, p. 353 ; ECKART W.U., *Geschichte der Medizin*, *op. cit.*, p. 255.

³⁶³ GUIRAL P., « *Jacques Cronard, La médecine entre les pouvoirs et les savoirs* », *op. cit.*, p. 1008.

³⁶⁴ MASCARELLO M., « *L'exemple de la lutte contre le tabagisme en France : le cas de la loi Évin* », in MALET E. (dir.), *Santé publique et liberté individuelle*, *op. cit.* p. 183 : « *En retour, c'est au nom d'un corpus scientifique d'un savoir médical que les médecins vont s'arroger le droit de proscrire ou d'encourager certains types de comportements individuels* ».

responsabilisation, l'État incite les individus aux *bons* comportements sanitaires³⁶⁵. À chaque citoyen d'assumer sa santé et d'exclure les comportements malsains car si les citoyens ont le droit d'accéder aux soins, ils ont désormais également « *le devoir d'être bien portants* »³⁶⁶. Cela étant, de telles incitations ne sauraient être perçues, d'un point de vue juridique, comme des atteintes aux libertés individuelles. Malgré tout, en Allemagne, à la différence de la France, l'ordre juridique se montre plus réticent à admettre de grandes campagnes de prévention. En effet, en raison d'un contexte historique différent, la légitimité de l'État à *éduquer* sa population, en particulier dans le domaine médical reste controversée³⁶⁷. Bien que la protection de la santé soit un devoir fondamental de l'État, il est craint que des campagnes préventives à visée éducative influencent trop fortement les individus, s'ingérant de manière illégitime, car paternaliste, dans la manière dont ils choisissent de mener leur vie³⁶⁸. Cela explique que, si en France, l'importance accordée à la protection de la santé - et de la vie - est susceptible de primer sur le respect des libertés individuelles, en Allemagne, une telle primauté est plus difficile à envisager.

2. Des mesures impératives

111. Rester en bonne santé peut être perçu comme un devoir pour les individus³⁶⁹, particulièrement en France. À ce titre, il est possible de citer le caractère obligatoire de certaines vaccinations en France qui s'étend depuis le début 19^{ème} siècle³⁷⁰. Ne touchant d'abord que certains groupes de personnes spécifiques³⁷¹, elle s'élargit ensuite à l'ensemble de la population³⁷². La loi du 30 décembre 2017³⁷³ augmente de trois³⁷⁴ à onze³⁷⁵ le nombre de vaccinations obligatoires. Le non-

³⁶⁵ BERLIVET L., « Les ressorts de la “biopolitique” : “dispositifs de sécurité” et processus de “subjectivation” au prisme de l'histoire de la santé », *op. cit.*, p. 98 : La santé publique contemporaine regorge ainsi « *d'injonctions prescriptives de types disciplinaires, y compris de l'ordre de l'action symbolique qui, dans le cas français, fût dénommée tour à tour “propagande d'hygiène sociale” puis “éducation sanitaire et sociale”* ».

³⁶⁶ RAUCH A., *Histoire de la santé*, *op. cit.* ; ARVEILLER J., « De l'Hygiène publique à l'éducation sanitaire », *Les sciences de l'éducation*, 2006/1, Vol. 39, p. 138.

³⁶⁷ MIDDEL C.D., « *Darf der Staat seine Bürger zur Gesundheit erziehen oder verbieten dies die Freiheitsgrundrechte?* », in WEILERT K., *Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 145 et suivantes.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 159.

³⁶⁹ AUBY J.M., « L'obligation à la santé », *Annuaire de la faculté de droit de l'université de bordeaux*, 1955, n° 1, p. 9.

³⁷⁰ L'État français impose la vaccination obligatoire contre différentes maladies : tout d'abord contre la variole (loi du 15 février 1902 sur l'hygiène publique) puis contre la diphtérie (loi du 25 juin 1938 tendant à rendre obligatoire la vaccination antidiphtérique), le tétanos (loi du 24 novembre 1940 instituant l'obligation de la vaccination antitétanique associée à la vaccination antidiphtérique), la poliomyélite (loi n° 64-643 du 1^{er} juillet 1964 relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du Code de la santé publique) et la tuberculose (loi n° 50-7 du 5 janvier 1950 rendant obligatoire pour certaines catégories de la population la vaccination par le vaccin antituberculeux.).

³⁷¹ La vaccination devient obligatoire pour les nourrices par la loi Roussel de 1874 et pour les militaires par une instruction du ministre de la Guerre datant de 1876.

³⁷² GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 295.

³⁷³ Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la Sécurité sociale pour 2018.

³⁷⁴ Voir, les anciennes versions des articles L3111-2 et 3 qui imposent les vaccinations antidiphtérique, antitétanique et antipoliomyélitique. Il existe toutefois des résistances à cette obligation. Voir aussi, MOULIN A.M., « Les particularités

respect de ces obligations peut même entraîner des sanctions civiles et pénales³⁷⁶. Le Conseil constitutionnel n'estime toutefois pas que le caractère obligatoire de la vaccination soit contraire aux libertés que la Constitution garantit³⁷⁷. Il déclare dans une QPC du 20 mars 2015 que, le législateur ayant « *entendu lutter contre trois maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées [...] précisé que chacune de ces obligations de vaccination ne s'impose que sous la réserve d'une contre-indication médicale reconnue* », cette obligation n'est pas contraire à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé car « *il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective* »³⁷⁸. Le Conseil constitutionnel oppose ici à la conception individuelle de la santé évoquée par les auteurs de la saisine³⁷⁹, une conception collective de celle-ci³⁸⁰ : les maladies en cause étant contagieuses, une personne non vaccinée est non seulement susceptible de tomber malade mais aussi de mettre en danger la santé de la population. La protection de la santé publique peut ainsi l'emporter sur la protection des libertés individuelles³⁸¹. De manière similaire, le Conseil d'État déclare également dans un arrêt du 8 février 2017 que « *les personnes tenues à l'exécution des trois obligations vaccinales prévues par ces dispositions (antidiphthérique, antitétanique et antipoliomyélitique) soient mises à même d'y satisfaire sans être contraintes, de ce seul fait, de soumettre leur enfant à d'autres vaccinations que celles imposées par le législateur et auxquelles elles n'auraient pas consenti librement* »³⁸². S'il limite ici l'obligation de vaccination aux seules vaccinations imposées par la loi, il réaffirme également, fût-ce de manière indirecte, ladite obligation pour les onze vaccins imposés par le Code de santé publique. Malgré des

françaises de l'histoire de la vaccination. La fin d'une exception ? », *Revue française d'épidémiologie et de santé publique*, Vol. 54, juillet 2006, p.81 et suivantes ; BERTRAND A., TORNY D., *Libertés individuelles et santé collective*, Paris, CERMES, 2004, p. 40.

³⁷⁵ L3111-2 CSP : Sont obligatoires les vaccins antidiphthériques ; antitétanique ; antipoliomyélitique ; contre la coqueluche ; contre les infections invasives à *Haemophilus influenzae* de type b ; contre le virus de l'hépatite B ; contre les infections invasives à pneumocoque ; contre le méningocoque de séro-groupe C ; contre la rougeole ; contre les oreillons et contre la rubéole.

³⁷⁶ L'article 3116-2 CSP énonce que « *l'action publique pour la poursuite des infractions aux dispositions des articles L3111-1 à L3111-3 peut être exercée tant que l'intéressé n'a pas atteint un âge fixé par décret pour chaque catégorie de vaccination* », tandis que l'article 217-17 du Code pénal dispose que « *le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

³⁷⁷ Conseil constitutionnel, QPC n° 2015-458, 20 mars 2015, « Obligation de vaccination ».

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*, argument de la saisine : « *En imposant une obligation vaccinale contre certaines maladies alors que les vaccins ainsi rendus obligatoires peuvent présenter un risque pour la santé* ».

³⁸⁰ En ce sens, CC, 13 janvier 2015, n° 14-90044 : « *Attendu que la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle implique de déterminer si la protection individuelle et collective de la santé justifie de rendre obligatoire certaines vaccinations de mineurs, sauf contre-indication médicalement reconnue, et de poursuivre les titulaires de l'autorité parentale qui s'opposent à leur réalisation comme étant dangereuse pour leur enfant* » ; voir également sur ce point GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 236. Voir aussi, CRISTOL D., « QPC * Droit à la protection de la santé * Alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 * Obligation vaccinale * Conformité à la Constitution », *RDSS*, 2015, p. 364 : « *Le droit à la protection de la santé, inscrit à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, n'est donc pas assimilable à un droit subjectif. Il doit s'entendre dans son acception collective* ».

³⁸¹ Dans le même sens, voir également, Conseil constitutionnel DC n° 2004-504, 12 août 2004, « Loi relative à l'assurance maladie ». À nouveau, les requérants invoquent la dimension individuelle de la santé et le Conseil constitutionnel ne retient qu'une conception collective de celle-ci. Sur ce point, GRÜNDLER T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, 2010, p. 835.

³⁸² CE, 8 février 2017, n° 397151. Voir, MINET-LELEU A., « L'indisponibilité du vaccin trivalent sanctionné par le juge administratif », *RDSS*, 2017, p. 459 ; VIALLA F., « Injonction à défaut d'injection disponible », *AJDA*, 2017, p. 398.

mouvements contestataires médiatisés³⁸³, c'est ainsi toujours la dimension collective de la santé qui l'emporte en France. La protection de la santé *publique* prime sur la protection des libertés *individuelles*³⁸⁴.

112. Il convient de noter ici une différence importante entre les ordres juridiques français et allemand puisque le droit allemand ne prévoit pas d'obligation vaccinale. S'il encourage, certes, la population à se faire vacciner, notamment par le biais de gratifications financières³⁸⁵, il n'impose pas la vaccination sous peine de sanction pénale. Dans un pays où les politiques dites de « santé publique » ont conduit à l'extermination de milliers de personnes au nom du maintien de la race aryenne, toute approche collective de la santé est, en effet, plus difficile à assumer³⁸⁶. L'État ne peut appréhender la protection de la santé de la population comme un *moyen* d'assurer sa propre survie³⁸⁷. Il se doit d'être au service de la protection de chaque personne, de chaque individu et de chacune de ses libertés fondamentales. Malgré tout, la loi du 17 juillet 2015 renforce l'encouragement à la vaccination en conditionnant, par exemple, l'accès aux crèches à la preuve de la vaccination des enfants. De manière générale, la finalité collective de la protection de la santé est expressément énoncée par ce texte : « *La santé est une condition d'épanouissement pour chaque citoyenne et chaque citoyen et elle est une condition du bon fonctionnement de la communauté* »³⁸⁸. En Allemagne, en matière de vaccination, c'est cependant un mécanisme incitatif, fondé notamment sur des avantages ou des désavantages pécuniaires, qui remplacent la sanction pénale. Ceci est paradigmatique de la mise en œuvre d'un biopouvoir qui se caractérise notamment par un recul de la punition et une exemption croissante des poursuites pénales³⁸⁹ : on assiste à un retrait de la sanction pénale au profit de mécanismes de contrôle ou de surveillance plus diffus, qui se fondent notamment sur la *responsabilisation* des individus³⁹⁰. Les politiques de prévention, à l'instar de la vaccination, cherchent à *inciter* l'individu mais non à le *contraindre*. La protection de la collectivité est certes prise

³⁸³ L'un des rares pays en Europe à maintenir une telle obligation, BERTRAND A., TORNAY D., *Libertés individuelles et santé collective*, CERMES, 2004, p. 42.

³⁸⁴ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 9.

³⁸⁵ Chaque caisse d'assurance maladie est libre de prévoir une gratification financière. Voir sur ce point le tableau relatif aux bonus relatifs aux prestations de la Sécurité sociale (Bonus der Leistung der Krankenversicherung), <http://www.impfkontrolle.de/content.asp?audience=5&topic=1&vaccination=7&page=1&chapter=2>.

³⁸⁶ Même si la Cour constitutionnelle considère elle aussi que la protection de la santé publique peut, dans certains cas, justifier des atteintes aux libertés individuelles. Elle considère par exemple que cette protection justifie les clauses de non-concurrence sectorielles imposées aux pharmacies qui limitent le libre exercice de leur métier (article 12 LF). Voir, BVerfG, 11 juillet 1958 - BVerfGE 7, 377, §98 : « *Il est indéniable que la santé publique est un bien fondamentale de la communauté dont la protection justifie des atteintes à la liberté individuelle* ».

³⁸⁷ Voir notamment pour une critique similaire dans le domaine des politiques familiales, SACKSOFSKY U., « Vereinbarkeit des geplanten Betreuungsgeldes nach §16 IV SGB VII mit Artikel 3 und Artikel 6 GG », Rechtsgutachten, BÜNDNIS 90/Die Grünen, 2010 - cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

³⁸⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention, Drucksache 18/4282, p. 21.

³⁸⁹ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*, p.15.

³⁹⁰ Voir notamment le §1 SGB V, précité, qui énonce que la protection de la santé doit « *encourager la gestion autonome et la responsabilité individuelle des assurés* ».

en considération mais ne saurait primer, de manière contraignante, dans le cadre sanitaire, sur le respect de la liberté individuelle.

113. Ainsi, « l'État [...] a été amené à imposer, sous le couvert ostensible, d'un droit fondamental, une série d'obligations qui limitent le titulaire de ce droit dans les options que comporte son exercice et qui vont parfois jusqu'à transformer le droit en devoir »³⁹¹. En utilisant ici à nouveau le cadre foucauldien, il est possible d'observer que le premier objectif sanitaire (protéger) met principalement en œuvre des techniques de savoir, c'est-à-dire des « stratégies d'intervention sur l'existence collective au nom de la vie »³⁹² tandis que le deuxième objectif (éduquer) se réalise essentiellement grâce à des techniques de soi, c'est-à-dire des « modes de subjectivation par lesquels les sujets travaillent sur eux même sous certaines formes d'autorité, en relation à certains discours de vérité [...] au nom de la vie ou de la santé d'eux-mêmes, de leur famille ou d'un autre collectif, voire au nom de la vie d'une population tout entière »³⁹³. Même si c'est avant tout dans une optique collective, visant au maintien de la population, que l'État déploie un arsenal juridique visant à pénaliser les atteintes à la vie et favoriser l'accès au soin, cela renforce malgré tout la protection accordée à la vie biologique et tend donc *prima facie* à améliorer la sauvegarde de *zoë*.

114. Les dispositifs de protection de la vie mis progressivement en place à l'époque moderne, avant la fin de la Seconde Guerre mondiale, n'ont majoritairement pas pour finalité expresse de protéger la vie *en tant que telle* mais tendent avant tout à assurer le *maintien de la population*. Jusqu'en 1945, particulièrement en France, les énoncés juridiques ne présentent que rarement la protection de la vie *individuelle* comme un objectif explicite. Cependant, la fin de la Seconde Guerre mondiale marque une *rupture* dans la manière dont le pouvoir politique va appréhender la vie et sa protection. À partir de 1945, la protection de la vie va être pensée non pas seulement comme un *moyen* pour arriver à *des fins* - la survie de la population - mais comme une *fin en soi*. Ainsi, à partir de la seconde moitié du 20^{ème} siècle, concomitamment à la montée en puissance de la dimension individuelle de la santé, l'appréhension juridique de la vie se transforme : sa protection devient désormais perçue comme un *droit* pour chaque individu - un droit *individuel* - et comme une *valeur fondamentale* au fondement de l'ordre juridique, ce qui va considérablement renforcer la sauvegarde de la vie.

³⁹¹ AUBY J.M., « L'obligation à la santé », *op. cit.*, p. 9.

³⁹² ROSE N., RABINOW P., « Biopower today », *op. cit.*

³⁹³ ROSE N., RABINOW P., « Biopower today », *op. cit.*

Section 2. Une protection juridique de la vie au nom des droits fondamentaux

115. Dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle, le discours juridique porté sur la vie s'imprègne d'une tonalité axiologique. La vie devient appréhendée comme une *valeur*. En effet, les événements tragiques de la Seconde Guerre mondiale entraînent une prise de conscience quant à la nécessité pour les États et la communauté internationale de protéger la vie *en tant que telle*. La vie n'est plus seulement un *bien* que l'État cherche à sauvegarder dans le but d'assurer la survie de sa collectivité, elle est dorénavant un droit *individuel* et une *valeur* dont le respect s'impose par principe à l'État. À l'approche biopolitique et collective de la vie s'ajoute ainsi une conception axiologique et individualisée de celle-ci.

116. Le processus d'axiologisation du droit à la vie qui opère depuis 1945, tant en France qu'en Allemagne, bien qu'à des degrés divers, illustre ce point.

117. **Propos liminaire**

Sur le plan juridique, l'axiologisation du droit à la vie - qui s'inscrit dans un processus d'axiologisation plus générale du droit des droits de l'homme - se manifeste principalement par la consécration d'un *droit à la vie* à un niveau supra-législatif. Dans la mesure où l'objectif est désormais d'*imposer* aux États le respect de la vie humaine, il est nécessaire que cette obligation se situe à un niveau normatif susceptible de contraindre le législateur, c'est-à-dire à l'échelle constitutionnelle ou internationale³⁹⁴. De plus, la loi n'ayant pas permis de stopper l'ascension du Troisième Reich et les horreurs commises en son nom, une partie de la communauté juridique, particulièrement en Allemagne, perd la confiance qu'elle avait placée dans la loi³⁹⁵ et le positivisme juridique³⁹⁶. La consécration d'un droit à la vie à une échelle supra-législative apparaît alors comme un moyen d'affirmer la *valeur* de la vie.

118. À l'échelle internationale, le droit à la vie est progressivement consacré par un certain nombre d'énoncés juridiques. Ainsi, l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 énonce que « *tout individu a le droit à la vie* », l'article 6 du Pacte international des droits civils

³⁹⁴ Même s'il faut, bien sûr, distinguer entre différents niveaux de contrainte à l'échelle internationale.

³⁹⁵ Sur ce point, BRUNET P., « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in SOREL J.M., HENNETTE-VAUCHEZ S., *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 260 : « *Le néoconstitutionnalisme entend [alors] remettre en cause la suprématie absolue de la loi comme expression de la souveraineté parlementaire telle qu'elle aurait été véhiculée par la doctrine positiviste d'inspiration légicentriste et reconnaît une suprématie absolue à la Constitution* » ; BAUMERT R., « Une vision morale de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar », *Jus Politicum, Revue internationale de droit politique*, n° 4, 2010, p. 2.

³⁹⁶ Perçu comme l'une des causes principales de l'échec de la République de Weimar. Voir, BASSET A., *Pour en finir avec l'interprétation : l'utilisation des techniques d'interprétation par les juges constitutionnels français et allemand*, Thèse, Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La défense, 2014, p. 69. Voir aussi, JOUANJAN O., *Justifier l'injustifiable, L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 28. Antoine Basset comme Olivier Jouanjan se réfèrent notamment à la « formule de Radbruch » : « *Le positivisme, de par sa conviction que "la loi, c'est la loi" a privé les juristes allemands de toute défense contre des lois arbitraires et criminelles* ».

et politiques de 1966 consacre « *le droit à la vie est inhérent à la personne humaine* »³⁹⁷, l'article 2 de la CESDH de 1950 dispose que « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi* »³⁹⁸, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 déclare que « *la personne humaine est inviolable, tout être humain a droit au respect de sa vie* », la Charte arabe des droits de l'homme de 1994 que « *tout individu a droit à la vie [...] et à la sûreté de sa personne* », la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 que « *toute personne a droit à la vie* » et l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 que « *toute personne a droit au respect de sa vie* ». Même si ces différents textes n'ont pas tous la même portée juridique³⁹⁹, cette énumération met en lumière, en droit international, la montée en puissance d'un discours juridique qui appréhende la vie comme une *valeur* après 1945⁴⁰⁰.

119. À l'échelle nationale, le droit à la vie est également consacré au niveau constitutionnel en Allemagne. L'article 2 de la Loi fondamentale consacre un « *droit pour chacun à la vie et à l'intégrité physique* »⁴⁰¹. En France, en revanche, il n'existe pas de droit constitutionnel à la vie⁴⁰². En 1975, le Conseil constitutionnel est certes invité, lors de l'examen de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse⁴⁰³, à constitutionnaliser le droit à la vie mais il s'y refuse⁴⁰⁴. Depuis la loi de 1975 sur l'IVG, il existe cependant un principe législatif de protection de la vie, consacré par l'article 16 du Code civil qui énonce que « *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* ». Qui plus est, même en l'absence de

³⁹⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

³⁹⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950

³⁹⁹ Certains ne sont pas contraignants, à l'instar de la DUDH ; d'autres le sont en théorie mais ne disposent pas d'organes de contrôle capables de contraindre les États, à l'instar du PIDCP, tandis que d'autres n'ont plus à prouver leur influence, à l'instar de la CEDH.

⁴⁰⁰ En ce sens, voir le préambule de la DUDH : « *Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme* ».

⁴⁰¹ Article 2 LF : « *1. Chacun a le droit au libre épanouissement de sa personnalité, dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux droits des autres ou à l'ordre constitutionnel ou aux bonnes mœurs. 2. Chacun a le droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Il ne peut y être portée atteinte qu'en vertu d'une loi* ».

⁴⁰² Contra : certains auteurs estiment, par ailleurs, que le droit à la vie a valeur constitutionnelle, car il « *s'inscrit dans le principe plus large de dignité humaine* ». Voir en ce sens, MATHIEU B., « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain », *RIDC*, 1998, n° 4, Vol. 50, p. 1031.

⁴⁰³ Voir les délibérations du Conseil constitutionnel pendant les séances des 14 et 15 janvier 1975, DC n° 74-54, « Interruption volontaire de grossesse », in MELIN-SOUCRAMIEN F., MATHIEU B., ROUSSEAU D., MACHELON J.P., PHILIPPE X., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009.

⁴⁰⁴ Par ailleurs, en 2004, alors que la charte de l'environnement est intégrée au bloc de constitutionnalité, la question de la valeur constitutionnelle du droit à la vie se pose à nouveau. Voir en ce sens, KOSCIUSKO-MORIZET N., *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle n° 992 relatif à la charte de l'environnement*, n° 1595, mai 2004. La CEDH et l'Allemagne se sont toutes les deux fondées sur les dispositions relatives au droit à la vie pour consacrer un droit à l'environnement sain. Cependant, il semble que la manière dont fut abordée la question de l'environnement en France soit avant tout liée à celle de la santé et non à celle d'un *droit individuel* à la vie (voir notamment, les débats à l'Assemblée nationale du 25 mai 2004). La version définitive de la charte estime d'ailleurs que « *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » et ne consacre pas de *droit à la vie*.

consécration constitutionnelle, le droit à la vie a une valeur conventionnelle en France. En vertu de ces obligations internationales, l'État français est donc, en principe, *obligé* de respecter la vie, même si la rhétorique axiologique encadrant le droit à la vie est moins présente en France qu'en Allemagne.

120. Il importe de préciser ici que si l'axiologisation du droit à la vie se traduit juridiquement par la consécration formelle d'un droit à la vie à l'échelle supra-législative, la primauté accordée à la protection de la vie n'est pas seulement formelle - car inscrite dans un texte de nature juridique supérieure - mais également axiologique⁴⁰⁵. La protection de la vie se situe au sommet de la hiérarchie des normes *et* au sommet de la hiérarchie des valeurs.

121. Ainsi, en Allemagne, la Cour constitutionnelle considère que l'article 2 signifie « *la reconnaissance de la valeur fondamentale de la vie humaine* »⁴⁰⁶, que la protection de la vie est une « *valeur centrale de l'ordre juridique* »⁴⁰⁷, un « *élément central de l'ordre objectif des valeurs* »⁴⁰⁸. Les termes utilisés mettent en lumière une conception *jusnaturaliste* du droit des droits de l'homme selon laquelle le droit n'est valable que s'il respecte certaines valeurs supérieures⁴⁰⁹. En effet, « *selon la jurisprudence constante [de la Cour constitutionnelle allemande] les normes fondamentales ne constituent pas seulement des droits subjectifs pour les individus à faire valoir contre l'État mais ils incarnent également un ordre de valeur objectif, qui fonde toutes les branches du droit et s'impose à tous les acteurs juridiques [pouvoir législatif, exécutif et judiciaire]* »⁴¹⁰. Le droit à la vie peut ainsi jouer à la fois comme un droit subjectif et comme l'une des composantes d'un *ordre de valeurs* qui structure l'ordre juridique allemand⁴¹¹. Appréhender la vie comme une composante de cet ordre de valeurs permet de la protéger de manière *objective* (de manière générale et impersonnelle) et son respect s'impose en principe à l'État.

122. Il en va de même en droit européen. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) appréhende l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

⁴⁰⁵ BRUNET P., « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in SOREL J.M., HENNETTE-VAUCHEZ S., *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, op. cit., p. 262.

⁴⁰⁶ BVerfG, 30 juin 1964 - BVerfGE 18, 112, Voir également, SCHMIDT-BLEIBTREU B., KLEIN H., *Kommentar zum GG*, op. cit., p. 94 : il se situe au cœur de la loi fondamentale qui est perçue comme un texte « *supérieur, sacré, solide, qui ne pourra être, ni modifié, ni rompu ; [d'] un ordre qui dépasse par sa force et sa stabilité une constitution ordinaire ; un principe suprême et final d'organisation étatique* ». Voir aussi LEISNER G., *Das Recht auf Leben*, op. cit., p. 14 ; DETJEN J., *Die Werteordnung des GG*, op. cit., p. 86.

⁴⁰⁷ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ La Cour constitutionnelle estime, par exemple, qu'il est possible d'appliquer de manière rétroactive la loi pénale pour sanctionner les criminels allemands - alors même que les faits reprochés n'étaient pas sanctionnés aux moments où ils sont commis - car « *l'atteinte à la justice élémentaire est un effet si importante qu'elle porte atteinte aux fondements du droit, portant sur la dignité et la valeur de l'homme, partagées par tous les peuples [...] Le principe de non-rétroactivité ne vaut pas dans un État d'injustice qui a méprisé d'une manière particulièrement grave les DH généralement reconnus au sein de la communauté internationale* » - BVerfG, 24 octobre 1996 - BVerfGE 95, 96.

⁴¹⁰ BVerfG, 15 janvier 1958, 1 BvR 400/51 - BVerfGE 7, 198, arrêt Lüth.

⁴¹¹ *Ibid.*

fondamentales (CESDH) relatif au droit à la vie comme « l'une des dispositions les plus fondamentales de la Convention en tant qu'elle protège l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques »⁴¹² et considère que « la convergence des instruments internationaux indique que le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme »⁴¹³.

123. En France, malgré l'absence de constitutionnalisation du droit à la vie, il faut souligner qu'en 1994, un chapitre du Code pénal est spécifiquement consacré aux atteintes à la vie. Cette consécration a été interprétée comme montrant que « le législateur a voulu [...] signifier la valeur sacrée que revêt à ses yeux la vie humaine »⁴¹⁴, qu'il a voulu « s'ériger [ainsi] en gardien immuable de la vie et de la mort [...] soulignant son attachement au respect de la vie humaine »⁴¹⁵. La nomination explicite de la vie comme bien juridiquement protégé en 1994 marque ainsi, selon certains auteurs, la reconnaissance de la « valeur de la vie »⁴¹⁶ et l'existence d'un Code pénal non plus orienté vers la « défense de l'État mais vers la défense de la personne humaine, pour assurer son plein épanouissement en la protégeant contre toutes les atteintes qu'elles visent sa vie, son corps, ses libertés, sa sûreté, sa dignité, son environnement. Pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau Code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les Droits de l'homme »⁴¹⁷.

124. Cette suprématie formelle et axiologique du droit à la vie renforce sa sauvegarde. Les dispositifs mis en place, dès le début de l'époque moderne, pour *faire vivre* sont en effet consolidés par ce mouvement d'axiologisation du droit à la vie, notamment car cette suprématie engendre un certain nombre d'obligations à la charge de l'État. Par exemple, la jurisprudence de la CEDH impose aux États un certain nombre d'obligations positives visant à protéger la vie, telles que la mise en place d'un droit pénal efficace - « le devoir primordial [de protection] en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre les personnes mais aussi celui de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui »⁴¹⁸ - et d'un système répressif efficace⁴¹⁹. Ces deux types d'obligation vont

⁴¹² CEDH, *Makaratzis contre Grèce*, 20 décembre 2004, n° 5038599.

⁴¹³ CEDH, *Streletz, Kessler et Krenz contre Allemagne*, 22 mars 2001 n° 3404496 ; 3553297 ; 4480198.

⁴¹⁴ NADAL J.L., in Colloque du Sénat, « Bicentenaire du Code pénal », *op. cit.*, p. 13.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 90.

²⁷⁰ LASCOUMES P., DEPPAIGNE A., « Catégoriser l'ordre public - la réforme du Code pénal français de 1992 », *Genèses. Sciences sociales et histoire*, 1997, n° 27, p. 5

⁴¹⁷ Exposé des motifs du projet de réforme du Code pénal, disponible sur http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/evenementiel/17_KAKEMONO_17_BAT.pdf

⁴¹⁸ CEDH, *Osman contre Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n° 2345294. Pour la CEDH, la protection de la vie des individus implique notamment une législation pénale concrète (CEDH, *LCB contre Royaume-Uni*, 9 juin 1998, n° 2341394 ; CEDH, *Osman contre Royaume-Uni*, 29 octobre 1998, n° 2345294), conçue pour en prévenir, supprimer et sanctionner les violations (CEDH, *Soare et autres contre Roumanie*, 22 février 2011, n° 2432902, §127). L'État peut être tenu pour responsable dès lors que « la victime était menacée de manière réelle et immédiate que les autorités le savaient ou auraient dû le savoir et qu'elles n'ont pas pris les mesures raisonnables pour lutter contre la menace ». L'État ne peut échapper à la mise en œuvre de sa responsabilité que s'il a vérifié que la menace était réelle. La Cour impose également de prévoir les mesures nécessaires à la prévention d'une atteinte à la vie (CEDH, *Osman contre Ru*, 28 octobre 1998, n° 2345294, §116 ; CEDH, *Kemaloglu contre Turquie*, 10 avril 2012, n° 998606 ;

renforcer l'efficacité des dispositifs pénaux déjà mis en place en France et en Allemagne à partir du 18^{ème} siècle dans le but de *maintenir la population*. Il en va de même outre-Rhin où la Cour constitutionnelle impose, elle aussi, des obligations étendues au législateur en matière de protection de la vie⁴²⁰, tant sur le plan procédural que répressif⁴²¹.

125. Pour observer que le discours porté sur la vie se transforme fondamentalement à partir de 1945 et que la protection de celle-ci s'en trouve renforcée, il importe de se concentrer sur deux conséquences de l'axiologisation du droit à la vie : la diminution de la prérogative étatique de *faire mourir*, c'est-à-dire l'abolition de la peine de mort (**sous-section 1**) et la limitation du pouvoir individuelle de *laisser mourir*, c'est-à-dire l'encadrement strict de la faculté de se donner la mort (**sous-section 2**).

Sous-section 1. *Faire mourir*

126. Le renforcement du *faire vivre* par l'axiologisation et la constitutionnalisation d'un droit *individuel* à la vie impose des limites au pouvoir étatique de *faire mourir* et limite donc, à titre principal⁴²², le recours à la peine de mort. Dès lors, même si historiquement, ce pouvoir est jugé légitime car il permet d'assurer le *maintien de la population* (**I**), la peine de mort disparaît en Allemagne en 1945 et en France en 1981 car son usage apparaît contraire à une appréhension axiologique de la vie (**II**).

CEDH, *Kayak contre Turquie*, 10 juillet 2012, n° 6044408). L'État peut ainsi être sanctionné pour ne pas avoir suffisamment agi contre les agissements d'un détenu lors d'une permission de sortie (CEDH, *Mastromatteo contre Italie*, 24 octobre 2002, n° 3770397), contre des disparitions forcées (CEDH, *Kurt contre Turquie*, 25 mai 1998, n° 2427694) ou des violences interpersonnelles familiales ou domestiques (CEDH, *Opuz contre Turquie*, 9 juin 2009, n° 3340102).

⁴¹⁹ La CEDH impose la mise en œuvre d'une enquête effective, c'est-à-dire indépendance, rapide, approfondie et menant les coupables à une condamnation (CEDH, *Angelona contre Bulgarie*, 13 septembre 2002, n° 3836197 ; CEDH, *Jasinskis contre Lettonie*, 21 décembre 2010, n° 4574408, §72 ; CEDH, *Paul et Audrey Edwards contre Royaume-Uni*, 13 mars 2002, n° 4647799 ; CEDH, *Sandru et autres contre Roumanie*, 8 décembre 2009, n° 2246503 ; CEDH, *Giuliani et Gaggio contre Italie*, 24 mars 2011, n° 2345802.) Le Comité des droits de l'homme considère, quant à lui, que « l'État a non seulement le devoir de mener des enquêtes approfondies sur les violations supposées des droits de l'homme portées à l'attention des autorités, en particulier lorsqu'il s'agit [...] d'atteintes au droit à la vie, mais aussi de poursuivre quiconque est présumé responsable de ces violations, de procéder au jugement et de prononcer une peine ». Voir, CDH, *Ouaghlissi contre Algérie*, 26 mars 2012 ; voir également CDH, *Hafsa Boudjemai contre Algérie*, 22 mars 2013, 11-28 mars 2013, n° 1791/2008, §7.4. Voir, entre autres, CEDH *Mezine contre Algérie*, 25 octobre 2012, n° 1779/2008, CDH, *Djebrouni contre Algérie*, 31 octobre 2011, n° 1781/2008.

⁴²⁰ Pour d'autres exemples, voir notamment, MÜNCH, KUNIG, *Grundgesetz Kommentar*, 6^{ème} édition, Article 2 ; DETJEN J., *Die Werteordnung des GG*, op.cit ; SACHS M., *Grundgesetz Kommentar*, Article 2 II 3^{ème} édition, p. 119. L'État doit notamment faire le nécessaire pour protéger les prisonniers d'une prise d'otage ou contrôler les activités des personnes privées potentiellement dangereuses pour la vie et la santé des citoyens ; surveiller la qualité des produits alimentaires, de l'eau et assurer la sécurité du trafic routier. À nouveau, les obligations pesant sur l'État sont aussi vastes et étendues que le contrôle exercé par la Cour est strict.

⁴²¹ Voir notamment, DETJEN J., *Die Werteordnung des GG*, op. cit.

⁴²² Il serait également possible de parler de l'encadrement du recours à la force. Mais l'exemple de la Peine de mort nous a semblé plus paradigmatique, raison pour laquelle il sera le seul développé ici.

I. Le droit de vie et de mort : l'instrument du souverain

127. Historiquement, la peine de mort est pensée comme l'arme *individuelle* et privilégiée du souverain. La peine de mort sert ainsi donc avant tout la sauvegarde de l'*existence juridique du souverain*⁴²³. Pour preuve, elle est toujours historiquement prononcée pour les crimes de lèse-majesté⁴²⁴ et les juges de l'Ancien Régime⁴²⁵, qui disposent pourtant d'un fort pouvoir d'interprétation des textes⁴²⁶, ne peuvent décider seuls d'une sentence de mort, le roi étant le seul « maître de la vie et de la mort ; l'édition de la peine capitale est son monopole, tout comme le droit de grâce qui en est la contrepartie »⁴²⁷. Après 1789, l'exercice de la peine de mort est délégué à l'État⁴²⁸ qui se doit désormais « d'assurer le maintien biologique de la population ». La peine de mort est pensée comme un instrument du contrat social⁴²⁹. Pour Jean Jacques ROUSSEAU, la peine de mort est ainsi « l'inévitable contrepartie de la demande de protection ; pour être protégé comme victime, il faut consentir à mourir comme criminel »⁴³⁰ car « la société politique qui naît du contrat social hérite de ce droit naturel de légitime défense et peut en user en éliminant un criminel pour le bien commun »⁴³¹. Progressivement, toutefois, la peine de mort recule. Même si elle n'est pas abolie, son utilisation est encadrée. Cela s'explique à la fois par la montée en puissance du *faire vivre* - si l'État veut maintenir efficacement sa population, il doit limiter son usage du *faire mourir* (A) - et par celle d'arguments humanistes, qui tendent à insister, même avant la rupture axiologique de 1945, sur l'importance de protéger la vie *en tant que telle* (B).

⁴²³ TAIEB E., *La guillotine au secret, Les exécutions publiques en France, 1870-1979*, op. cit., p. 12 ; MAZABRAUD B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », op. cit., p. 135.

⁴²⁴ MAURY A., « La Législation criminelle sous l'ancien régime », *Revue des Deux Mondes*, période 3, tome 23, 1877, p. 588.

⁴²⁵ ROUSSELET M., *Histoire de la justice*, Paris, PUF, 1976, p. 37.

⁴²⁶ MARTINAGE R., *Histoire du droit pénal en Europe*, op. cit., p. 21.

⁴²⁷ CARBASSE J.M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 252.

⁴²⁸ Article 2 Code pénal de 1791 : « La peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans qu'il ne puisse jamais être exercé aucune torture envers les condamnés ». Le Code pénal de 1810 la maintient dans 36 cas, voir, CARBASSE J.M., *La peine de mort*, op. cit., §40.

⁴²⁹ Voir notamment MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Tomes 1, chapitre 12, Livre 4, p. 235 : « Cette peine de mort est comme le remède de la société malade » ; LOCKE, *Second traité sur le gouvernement civil*, 3, §16 : « Selon la loi fondamentale de la nature, comme il faut assurer la conservation de l'humanité dans toute la mesure du possible, si l'on ne peut sauver tout le monde, il faut donner la priorité à la sécurité de l'innocent. On peut détruire l'homme qui vous fait la guerre, ou qui s'est révélé l'ennemi de votre existence » ; ROUSSEAU J.J., *Le Contrat social*, II, 1762 : « C'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient. Dans ce traité, loin de disposer de sa propre vie on ne songe qu'à la garantir et il n'est pas à présumer qu'aucun des contractants ne prémédite alors de se faire pendre. D'ailleurs, tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traie à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses droits et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi » ; HOBBS T., *Léviathan*, XVIII. HOBBS estime, quant à lui que la peine de mort fait partie des instruments qui permettent au souverain de « disposer les hommes à l'obéissance ».

⁴³⁰ ROUSSEAU J.J., *Le Contrat social*, II, 1762. Voir aussi, CARBASSE J.M., *La peine de mort*, op. cit., §3. Voir aussi PORRET M., *Le droit de puni - Beccaria*, op. cit., p. 95. Pour l'Allemagne, EVANS R.J., *Rituale der Vergeltung : Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987*, op. cit., p. 303.

⁴³¹ *Ibid.*

A. Un instrument au service du *maintien de la population*

128. En France et en Allemagne, à partir de Révolution française, l'usage de la peine de mort est toujours davantage limité par le droit.

129. En France, le Code pénal de 1791⁴³² définit la peine de mort comme la « *simple privation de la vie* »⁴³³ par décapitation. Elle ne peut être prononcée que pour 32 infractions en 1791 - 36 en 1810⁴³⁴ - contre 115 auparavant⁴³⁵. Les projets de loi visant à abolir la peine capitale se multiplient à partir de 1830⁴³⁶. La loi du 28 avril 1832 modifiant le Code pénal supprime la peine de capitale dans neuf cas supplémentaires⁴³⁷. En 1838, un décret abolit la peine de mort en matière politique. Même si, en pratique, la peine de mort ne fût que peu appliquée dans ce domaine, cette abolition constitue un acte symboliquement et politiquement fort. Elle indique un renoncement explicite de l'État à son pouvoir de *faire mourir* dans une matière - la matière politique - directement liée au noyau même de son pouvoir. Certains voient d'ailleurs dans cette abolition un « *déplacement de la protection de l'État à celle des individus* »⁴³⁸. En effet, d'une certaine manière, l'État renonce à sanctionner par la peine capitale les atteintes portées à sa propre souveraineté car il juge que la protection de la vie des personnes est plus importante. Une atteinte à la souveraineté de l'État n'est plus considérée comme étant d'une gravité telle que l'auteur doit le payer de sa vie.

130. En Allemagne⁴³⁹, les réformateurs⁴⁴⁰ réussissent à limiter l'usage de la peine de mort aux crimes les plus graves⁴⁴¹. Le Code pénal de 1851 supprime le caractère public des exécutions⁴⁴² et le Code pénal de 1870 réserve la peine capitale au meurtre et à la haute trahison. La persistance de la peine de mort pour ce crime montre qu'il existe bien un lien intrinsèque entre la vie et le pouvoir politique. Un individu ne pourra être exécuté que s'il a lui-même pris une vie humaine ou mis en

⁴³² CARBASSE J.M., *La peine de mort, op. cit.*, §32 : le Code pénal la maintient dans 32 cas.

⁴³³ PONCELA P., *Droit de la peine*, Paris, PUF, 2001, p. 87.

⁴³⁴ CARBASSE J.M., *La peine de mort, op. cit.*, §40 : Le Code pénal élargit à 36 cas mais surtout il prévoit des incriminations moins précises ce qui réduit la marge d'appréciation au juge.

⁴³⁵ CARBASSE J.M., *La peine de mort, op. cit.*, §32.

⁴³⁶ On observe une multiplication des propositions de loi visant à supprimer la peine capitale à partir de 1830. En ce sens, voir, FORNI R., *Rapport sur le projet de loi portant abolition de la peine de mort*, n° 316, 10 septembre 1981, annexe I disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/rappel_historique.asp.

⁴³⁷ Loi du 28 avril 1832 contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle, JO, 20 août 1944 p. 121.

⁴³⁸ ROYER J.P., *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2016, p. 606.

⁴³⁹ Notamment le Code pénal de Bavière. Quant aux autres Codes régionaux de l'époque (Sachsen, 1839, Hanovre, 1840, Baden, 1845 et Thüringen 1850) ils limitent tous fortement son application. Certains autres Codes régionaux abolissent même la peine capitale.

⁴⁴⁰ Lors des débats de 1839 relatifs à une réforme pénale, on constate également une modification des argumentaires utilisés : la possibilité d'une fonction éducative de la peine gagne du terrain, car l'on commence à douter de sa fonction dissuasive. On commence à craindre, comme en France, que les exécutions publiques, loin de dissuader le public de commettre des crimes, tendent, bien au contraire, à les inciter.

⁴⁴¹ EVANS R.J., *Rituale der Vergeltung : Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987, op. cit.*, p. 158.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 345. Pour la France, TAIEB E., *La guillotine au secret, Les exécutions publiques en France, 1870-1979*, Paris, Belin, 2011.

danger la sûreté de l'État. De plus, les Länder utilisent toujours davantage leur droit de grâce et transforment autant que possible les sentences de mort du roi en peine de prison⁴⁴³. La prison devient, dans les deux pays, la peine principale⁴⁴⁴.

131. En limitant son pouvoir mortifère, l'État répond ainsi à ses nouveaux objectifs biopolitiques. En effet, s'il veut *maintenir la population*, il ne peut plus *faire mourir* ses sujets de manière disproportionnée. Mais cette limitation s'explique également par la progression du courant abolitionniste qui se fonde en partie sur des arguments humanistes pour contester le droit de vie et de mort de l'État sur ses citoyens.

B. La remise en cause progressive de cet instrument légal

132. Même s'il n'emporte pas la conviction des pouvoirs politiques, il existe depuis le 18^{ème} siècle un discours abolitionniste en France et en Allemagne. Il critique notamment le risque d'erreur judiciaire⁴⁴⁵, la fonction rétributive de la peine⁴⁴⁶, son inefficacité⁴⁴⁷ et le droit de vie et de mort du souverain qu'il estime infondé. Lors des débats parlementaires en France sur le Code pénal de 1791 qui prévoyait notamment d'abolir la peine de mort⁴⁴⁸, l'une des questions centrales est, en effet, celle de savoir qui détient le pouvoir de disposition de la vie : « *Messieurs, je passe avec respect devant un autre problème qui précède ces deux-là. Il est de savoir si l'homme a pu transférer à la société le droit (qu'il n'a pas lui-même) de disposer de sa propre vie* »⁴⁴⁹. Le droit de l'État de disposer de la vie de ses citoyens y est critiqué :

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 436.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 176.

⁴⁴⁵ PELLETTIER DE SAINT FARGEAU L.T., *Rapport*

sur le projet du Code pénal - Annexe à la séance de l'Assemblée nationale du 23 mai 1791 : « *Jusqu'ici nous avons raisonné en supposant la peine de mort justement prononcée. Mais un innocent ne succombera-t-il jamais ? De trop funestes exemples n'ont-ils pas réalisé cette hypothèse ? Si la forme des jurés est tutélaire contre les fausses accusations, les jurés ne sont-ils pas pourtant des hommes ? Et entre tous les avantages que nous présente la suppression de la peine de mort, n'est-ce pas une pensée consolante d'imaginer qu'à chaque instant les erreurs de la justice peuvent être efficacement réparées, et que l'innocence reconnue respire encore ?* ». Voir aussi LENOEL P., LASCOUMES P., PONCELA P., *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 110.

⁴⁴⁶ Voir sur cette question, CARBASSE J.M., *La peine de mort*, *op. cit.* ; CARBASSE J.M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.* ; PORRET M., *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, *op. cit.*, p. 83. Voir pour l'Allemagne, Staatsraths-Kommission, 38^{ème} séance, 18 juillet 1839 et 39^{ème} séance, 21 juillet 1839, p. 111 : « *Celui qui commet de sang-froid un crime, croit avoir pris de telles précautions, qu'il ne pense pas à la peine qu'il est susceptible d'encourir. Dans un tel cas, la peine n'a donc aucune fonction dissuasive* » et p. 105 : « *Il n'est pas certain, qu'un être doué de raison soit apte à décider de la destruction d'un autre être doué de raison pour un crime que celui-ci a commis et à lui fermer ainsi la voie de la réhabilitation ; c'est pourtant ce qui se passe avec la peine de mort* ».

⁴⁴⁷ PELLETTIER DE SAINT FARGEAU, *Rapport sur le projet du Code pénal*, *op. cit.* ; pour l'Allemagne WIGARD F. (dir.), *Stenographische Berichte über die Verhandlung der deutschen konstituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, *op. cit.*, p. 3943 et p. 3946.

⁴⁴⁸ PONCELA P., *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁴⁹ Voir notamment, AN, 30 mai 1791, M. Prugnon.

« Peut-on bien concevoir qu'un homme cède à un autre homme le droit de lui ôter la vie, qu'il consente librement à être puni de mort ? Cette vie lui appartient-elle ? Peut-il en disposer, ou, pour mieux dire, et sans agiter ce point si délicat, doit-il le faire ? N'est-ce pas à la nature à reprendre dans son cours le dépôt précieux qu'elle lui a confié ? Nous recevons avec la vie le besoin de la conserver. Le pouvoir de disposer de la vie des hommes n'appartient donc point à la société »⁴⁵⁰.

133. En 1908, Aristide BRIAND critique également ce droit : « *La société, dans le Code pénal, s'est orgueilleusement attribuée un droit que l'on a qualifié de divin, celui d'ôter la vie* »⁴⁵¹. Par ailleurs, pour Louis Michel LEPELETIER DE SAINT FARGEAU, le rapporteur du Code pénal, la peine de mort est inefficace et immorale et « *la société ne peut légitimement exercer le droit de vie et de mort que s'il est démontré impossible d'opposer au crime une autre peine suffisante pour le réprimer* »⁴⁵². Progressivement, un argumentaire humaniste se développe. En ce sens, en France et en Allemagne, l'immoralité des exécutions publiques commence, elle aussi, à être critiquée :

« *Considérez cette foule immense que l'espoir d'une exécution appelle dans la place publique ; quel est le sentiment qui l'y conduit ? [...] Une curiosité cruelle l'y invite. Cette vue flatte et entretient dans son âme une disposition immorale et farouche. Souvent le même crime, pour lequel l'échafaud est dressé, trouve des imitateurs au moment où le condamné subit sa peine* »⁴⁵³.

134. Dans les années 1830, des arguments relatifs à l'inhumanité de la peine de mort et à la valeur de la vie se font de plus en plus présents⁴⁵⁴. Ainsi, dans un discours du 17 mars 1838, Alphonse de LAMARTINE déclare :

« *Je dis que l'abolition de la mort que nous vous demandons sera la préservation la plus puissante que vous puissiez procurer à la société contre l'homicide. Oui, je dis que quelques gouttes de sang répandues de temps en temps sous les yeux du peuple comme pour lui en conserver le goût seront moins efficaces que cette proclamation sociale de l'inviolabilité de la vie de l'homme, que vous ferez à la face du monde en abolissant l'échafaud* ».

135. Cet argumentaire se renforce au fur et à mesure des débats. Il apparaît ainsi de manière visible en 1848 : Dans son célèbre plaidoyer, Victor HUGO demande ainsi de « *consacrer une inviolabilité plus haute et plus sainte encore [que celle du domicile] ; l'inviolabilité de la vie humaine [car] la peine de mort est le signe spécial et éternel de la barbarie. Partout où la peine de mort est prodiguée, la barbarie domine ; partout où la peine de mort est rare, la civilisation règne* »⁴⁵⁵. En 1908, Jean JAURÈS déclare que « *la peine de mort est contraire à ce que l'humanité depuis deux mille ans a pensé de plus haut et rêvé de plus noble* »⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ Voir aussi, AN, 31 mai 1791, M. Pétion de Villeneuve.

⁴⁵¹ AN, 11 novembre 1908, Aristide Briand, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/11_11_1908.asp.

⁴⁵² LENOEL P., LASCOUMES P., PONCELA P., *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, op. cit., p. 109.

⁴⁵³ PELLETIER DE SAINT FARGEAU, *Rapport sur le projet du Code pénal*, op. cit. Pour l'Allemagne, EVANS R.J., *Rituelle der Vergeltung : Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte, 1532 - 1987*, op. cit., p. 383.

⁴⁵⁴ ROYER J. P., *Histoire de la justice en France*, op. cit., p. 606.

⁴⁵⁵ AN, 15 septembre 1848, Victor Hugo, disponible sur <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-moments-d-eloquence/victor-hugo-15-septembre-1848>.

⁴⁵⁶ AN, 18 novembre 1908, Jean Jaurès, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/18_11_1908.asp. Voir aussi AN, 7 décembre 1908, M. Thierry Cazès. « *N'attendez plus,*

Ultérieurement, la pratique du président de la République Armand FALLIÈRES, sous la III^{ème} République - abolitionniste convaincu qui accorde systématiquement la grâce à tous les condamnés qui en font la demande - marque une étape importante dans la lutte pour l'abolition de la peine de mort⁴⁵⁷.

136. En Allemagne, à la même époque, un argumentaire fondé sur le droit à la vie apparaît clairement lors des débats relatifs à la rédaction de la Constitution de 1848⁴⁵⁸. Certains députés déclarent que « *s'il y a bien un principe fondamental en tant que tel, c'est sans aucun doute celui du droit à la vie* », tandis que d'autres considèrent que « *l'honneur et la vie sont les biens les plus importants des êtres humains* » ou s'étonnent que « *le droit à la vie n'appartienne manifestement pas aux droits fondamentaux* »⁴⁵⁹. Le pouvoir constituant vote même pour l'abolition de la peine de mort. Même si ce n'est texte n'est pas approuvé par le souverain, ces débats mettent en lumière une approche progressivement plus humaniste de la peine de mort.

137. Malgré un recul de la peine de mort à partir du 19^{ème} siècle, les débats de l'époque montrent que la question de la peine capitale demeure davantage relative au rôle de l'État en matière pénale qu'à la valeur de la vie, même si, progressivement, des arguments humanistes montent en puissance⁴⁶⁰. Les guerres mondiales et coloniales⁴⁶¹ mènent ensuite à une interruption des discussions en France et en Allemagne. En Allemagne, c'est après la Seconde Guerre mondiale que réapparaît la question de l'abolition de la peine de mort. En France, ce n'est qu'à la fin des années 1970⁴⁶². Dans les deux pays, c'est une approche axiologique qui guidera la reprise des débats, alors qu'en parallèle la consécration d'un *droit à la vie* à l'échelle supra-législative impose en tout état de cause aux États français et allemand l'abolition de la peine de mort.

II. Vers l'érosion du droit de vie et de mort du souverain

138. La consécration d'un droit à la vie à l'échelle supra-législative participe d'une appréhension désormais axiologique de la vie, qui devient donc incompatible avec le maintien du *faire mourir*. Cette consécration impose à la France l'abolition constitutionnelle de la peine de mort pour se

législateurs, car il n'est conforme, ni à la justice, ni à l'humanité, ni à l'intérêt bien compris de la sécurité de tous, que la société imprime à ses erreurs le sceau de l'irrévocabilité, qu'elle répande le sang pour qu'on désapprenne de le répandre ! ». Voir aussi, AN, 3 juillet 1908, Joseph Reinach : « *Lorsqu'il s'agit de la privation de la vie, vous avez le devoir de vous demander si cette exemplarité relative est en proportion avec l'invincible répugnance qui s'attache à un châtement incontestablement inhumain et à l'aléa d'une erreur irréparable* ».

⁴⁵⁷ LE QUANG SANG J., « L'abolition de la peine de mort en France : le rendez-vous manqué de 1906-1908 », *Crime, Histoire et Société*, Vol. 6, n° 1, 2002, §9.

⁴⁵⁸ EVANS R.J., *Rituale der Vergeltung : Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987*, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁵⁹ Propos cités par EVANS R.J., *Rituale der Vergeltung : Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987*, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁶⁰ FORNI R., *Rapport sur le projet de loi portant abolition de la peine de mort*, *op. cit.*

⁴⁶¹ WINOCK M., « Les hésitations de la République », *L'Histoire*, 10, 2010 n° 357, §18.

⁴⁶² Le débat est relancé après que plusieurs amendements tentent de supprimer les crédits relatifs aux bourreaux en 1979.

conformer à certaines de ses obligations conventionnelles (A). Cette consécration impose l'abolition en l'Allemagne pour se conformer à ses obligations constitutionnelles (B).

A. L'abolition de la peine de mort en France

139. Ce n'est qu'en 1981 que la France procède à l'abolition *législative* de la peine de mort sous l'influence de la conception axiologique de la vie défendue par Robert BADINTER (1). Elle est, en revanche, réticente à l'abolition *constitutionnelle* de son pouvoir de *faire mourir*, toutefois imposée par le droit international (2).

1. Les remises en cause législatives

140. La loi du 9 octobre 1981 dispose que « *dans tous les textes en vigueur prévoyant que la peine de mort est encourue, la référence à cette peine est remplacée par la référence à la réclusion criminelle à perpétuité ou à la détention criminelle à perpétuité suivant la nature du crime concerné* »⁴⁶³. Le garde des Sceaux de l'époque, Robert BADINTER, porteur de la loi abolitionniste, fonde son plaidoyer sur le respect de la morale collective, des valeurs de la société et insiste sur la nécessaire protection de la vie humaine :

*« Il faut ajouter une donnée morale : utiliser contre les terroristes la peine de mort c'est pour une démocratie, faire siennes les valeurs de ces derniers [et donc procéder] [...] à une sorte d'inversion des valeurs [...]. La société [qui] refuse une justice qui tue et accepte d'assumer, au nom de ses valeurs fondamentales - celles qui l'ont faite grande et respectée entre toutes - la vie de ceux qui font horreur, déments ou criminels ou les deux à la fois, et c'est le choix de l'abolition [...]. Le gouvernement sait bien que, quand le mépris de la vie, la violence mortelle deviennent la loi commune, quand certaines valeurs essentielles du temps de paix sont remplacées par d'autres qui expriment la primauté de la défense de la Patrie, alors le même de l'abolition s'efface de la conscience collective pour la durée du conflit, et bien entendu, l'abolition est alors entre parenthèses »*⁴⁶⁴.

141. L'argumentaire axiologique s'oppose alors à l'idée selon laquelle le souverain disposerait d'un droit de vie et de mort sur ses sujets :

*« La vraie signification politique de la peine de mort, c'est bien qu'elle procède de l'idée que l'État a le droit de disposer du citoyen jusqu'à lui retirer la vie [...] Dans une civilisation, dans une société dont les institutions sont imprégnées par la foi religieuse, on comprend aisément que le représentant de Dieu ait pu disposer du droit de vie ou de mort. Mais dans une République, dans une démocratie, quels que soient ses mérites, quelle que soit sa conscience, aucun homme, aucun pouvoir ne saurait disposer d'un tel droit sur quiconque en temps de paix »*⁴⁶⁵.

142. L'appréhension de la vie comme *valeur* vient ainsi renforcer les processus de transformation - théorisés par Michel FOUCAULT - du *faire mourir* à la faveur d'un renforcement du *faire vivre*. Les événements tragiques de la Seconde Guerre mondiale, parce qu'ils mettent en lumière le peu de

⁴⁶³ Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort.

⁴⁶⁴ AN, 17 septembre 1981, Robert Badinter, disponible sur <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-moments-d-eloquence/robert-badinter-17-septembre-1981>.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

respect que les États peuvent avoir pour la vie humaine, rendent cette nouvelle conception axiologique de la vie plus difficile à contredire. En parallèle, la dimension individuelle de la vie prend le dessus sur une conception plus collective de celle-ci : la protection de la collectivité ne saurait se faire au détriment de la protection de la vie *individuelle* des criminels.

143. Cela étant, il faut malgré tout souligner que l'ordre juridique français est particulièrement réticent à l'abandon du *faire mourir*. L'abolition tardive de la peine de mort - en 1981 - le prouve⁴⁶⁶, à l'instar de la difficile constitutionnalisation de l'abolition de la peine de mort.

2. Les remises en cause constitutionnelles

144. La question de la constitutionnalisation de l'abolition de la peine de mort se pose en France lorsqu'elle est confrontée à la ratification de textes internationaux qui prévoient l'abolition de la peine capitale. En effet, si après la Seconde Guerre mondiale, la majorité des instruments internationaux ne se prononcent pas sur la question de la peine capitale - soit qu'ils la considèrent comme un instrument légitime pour *maintenir la population*⁴⁶⁷, soit qu'ils craignent que cette abolition ne dissuade les États de ratifier lesdits textes⁴⁶⁸ - à partir des années 1980, un certain nombre de textes internationaux édictent des dispositions abolitionnistes au nom du *droit à la vie*. Ainsi, le protocole n° 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) de 1983⁴⁶⁹ supprime la peine létale en temps de paix⁴⁷⁰ et le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1989⁴⁷¹ entend abolir la peine de mort en temps de paix. En 2002, le protocole n° 13 à la CESDH qui tend à abolir la peine de mort en toutes circonstances, y compris en temps de guerre, est édicté. Ce protocole est guidé par l'idée hautement axiologique selon laquelle « *le droit à la vie de toute personne est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition est essentielle à*

⁴⁶⁶ Même si elle s'explique par le contexte historique de la France, à l'époque préoccupée par ses processus de décolonisation.

⁴⁶⁷ DELMAS M., « Peine de mort et suicide : passé, présent, comparaisons », *RSC*, 2008, p. 581.

⁴⁶⁸ Voir ce sens, CDH, Observation générale n° 6, Droit à la vie, 30 avril 1982 ; DELMAS M., « Peine de mort et suicide : passé, présent, comparaisons », *RSC*, 2008, p. 581.

⁴⁶⁹ Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, 28 avril 1983.

⁴⁷⁰ CEDH, *Öcalan contre Turquie*, 12 mai 2005, n° 4622199 : « *Il est tout à fait possible de considérer que cette franche tendance traduit à présent un accord des États contractants pour abroger, ou du moins modifier, la deuxième phrase de l'article 2 §1, particulièrement lorsque l'on tient compte du fait que tous les États contractants ont déjà signé le Protocole n° 6 et que quarante et un d'entre eux l'ont ratifié. On peut se demander s'il est nécessaire d'attendre la ratification du Protocole n° 6 par les trois États membres restants pour conclure que l'exception relative à la peine de mort prévue à l'article 2 §1 a été substantiellement modifiée. Eu égard à la convergence de tous ces éléments, on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable [...] qui n'est plus autorisée par l'article 2* ».

⁴⁷¹ Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort ; adopté et proclamé par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/128 du 15 décembre 1989.

la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains »⁴⁷². Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁴⁷³ énonce la même année que « l'application de la peine de mort constitue une peine inhumaine et dégradante, et une violation du droit le plus fondamental de l'homme, le droit à la vie, et réaffirme que la peine capitale n'a pas sa place dans des sociétés démocratiques civilisées, régies par l'État de droit ». De manière plus générale, la CEDH développe une jurisprudence abolitionniste. Elle considère, dès 1989, dans un arrêt *Soering contre Royaume-Uni* que l'extradition vers les États-Unis d'une personne susceptible d'y être condamnée à mort et de passer une longue période très angoissante dans le couloir de la mort constitue un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 CESDH⁴⁷⁴. En 2002, elle estime, dans un arrêt *Öcalan contre Turquie*, que le protocole n° 6 peut être appliqué même lorsque l'État ne l'a pas ratifié⁴⁷⁵. La même année, dans un arrêt *R. contre Suède*, elle estime que l'extradition d'un prisonnier est contraire à l'article 2 de la CESDH dès lors qu'il risque la peine de mort dans son pays d'accueil⁴⁷⁶. L'Union européenne exige, à titre d'illustration supplémentaire, l'abolition de la peine capitale comme condition d'adhésion des États et l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame que « nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté ». On assiste ainsi à une internationalisation du mouvement abolitionniste⁴⁷⁷.

145. C'est dans ce contexte que la France est confrontée à la ratification de certains de ces textes et plus précisément du protocole n° 6 à la CESDH en 1985 puis du deuxième protocole facultatif au PIDCP et du protocole n° 14 à la CESDH en 2005. La question est alors celle de savoir si la ratification de ces textes nécessite de modifier la Constitution. En effet, en France, à cette époque, l'abolition n'est que législative. En théorie, le Parlement peut donc édicter une nouvelle loi visant à

⁴⁷² Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, Vilnius, 3 mai 2002, entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2003.

⁴⁷³ Dans son avis n° 233 de 2002 sur le projet de protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rappelle que « ses dernières résolutions sur le sujet, à savoir la Résolution 1187 (1999) est intitulée "L'Europe, continent exempt de la peine de mort" ». Voir aussi la Résolution 1253 de 2001 relative à l'abolition de la peine de mort dans les pays ayant un statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe.

⁴⁷⁴ CEDH, *Soering contre Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 1403888.

⁴⁷⁵ CEDH, *Öcalan contre Turquie*, 12 mai 2005, n° 4622199 : « [...] Il est tout à fait possible de considérer que cette franche tendance traduit à présent un accord des États contractants pour abroger, ou du moins modifier, la deuxième phrase de l'article 2 §1, particulièrement lorsque l'on tient compte du fait que tous les États contractants ont déjà signé le Protocole n° 6 et que quarante et un d'entre eux l'ont ratifié. On peut se demander s'il est nécessaire d'attendre la ratification du Protocole n° 6 par les trois États membres restants pour conclure que l'exception relative à la peine de mort prévue à l'article 2 §1 a été substantiellement modifiée. Eu égard à la convergence de tous ces éléments, on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, [...] qui n'est plus autorisée par l'article 2 ».

⁴⁷⁶ CEDH, *R. contre Suède*, 23, avril 2002, n° 6280600.

⁴⁷⁷ Voir aussi en ce sens, ONU, AG, 18 décembre 2014, n° 11604 ; Protocole à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort, adopté à Asunción, Paraguay, le 8 juin 1990 ; Déclaration de la Conférence continentale sur l'Abolition de la Peine de Mort en Afrique (Déclaration de Cotonou), 4 juillet 2014. Cependant, certains « poids lourds » persistent à ne pas proscrire la peine capitale ce qui permet de relativiser en partie le caractère « universalisable » de l'abolition, comme le souligne DELMAS-MARTY M, « Peine de mort et suicide : passé, présent, comparaisons », *op. cit.*, p. 581. Voir aussi Agence des Droits fondamentaux, *L'Union européenne, une communauté de valeurs : sauvegarder les droits fondamentaux en période de crise*, 2013.

rétablir la peine de mort. Dans la mesure où la ratification de ces protocoles rend, en principe, impossible un tel rétablissement, le Conseil constitutionnel est saisi. Son raisonnement révèle une conception encore archaïque de la peine de mort appréhendée comme un instrument au service de la *souveraineté* et partant, du pouvoir politique. En 1985⁴⁷⁸, il considère que la ratification du protocole n° 6⁴⁷⁹ à la CESDH est possible car ledit protocole permet le maintien de la peine de mort en temps de guerre ou de danger imminent et qu'il peut être dénoncé dans les conditions fixées par la CESDH. En 2005, il valide la ratification du protocole n° 13 à la CESDH et invalide dans le même temps celle du protocole n° 6 au PIDCP car il ne peut pas être dénoncé⁴⁸⁰. Dans les deux cas, la peine de mort est pensée comme liée aux « *conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale* »⁴⁸¹. Elle n'est pas ici analysée sous l'angle du droit à la vie - comme en Allemagne depuis 1949 - mais sous celui de la souveraineté étatique. En 1985, il définit du reste la peine de mort comme servant « *le respect de la continuité de la vie de la nation* » ainsi que « *les institutions de la République* ». En 2005, s'il invalide le protocole n° 6, c'est parce qu'il prévoit « *l'adhésion irrévocable à un engagement international, même dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation, touchant à un domaine inhérent à celle-ci* »⁴⁸². Le *faire mourir* est manifestement appréhendée ici comme servant l'exercice de la souveraineté nationale, c'est-à-dire le pouvoir politique. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que le fait d'imposer à la France l'abolition irrévocable de la peine de mort - au moins sur le plan théorique⁴⁸³ - constitue une potentielle atteinte à sa souveraineté qui nécessite, par conséquent, une réforme constitutionnelle.

146. La loi constitutionnelle du 23 février 2007, votée sans réelles controverses⁴⁸⁴, fait alors entrer l'article 66-1 dans la Constitution. Il dispose que « *nul ne peut être condamné à la peine de mort* ». Ainsi, les protocoles internationaux à l'origine de la réforme peuvent être ratifiés et le droit français admet désormais, fût-ce indirectement et implicitement, une conception axiologique et individualisée de la vie⁴⁸⁵.

⁴⁷⁸ Conseil constitutionnel, DC n° 85-188, 22 mai 1985. Sur cette décision, FAVOREU L., « La décision du 23 mai 1985 du Conseil constitutionnel relative au 6e protocole additionnel et la Convention européenne des Droits de l'homme », *Annuaire français de Droit international*, 1985, 31, p. 868 ; GENEVOIS B., « Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985- Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, n° I-1985, p. 430.

⁴⁷⁹ Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983.

⁴⁸⁰ Conseil constitutionnel, DC n° 2005-524/525, 13 octobre 2005, considérant 5.

⁴⁸¹ Conseil constitutionnel, DC n° 85-188, 22 mai 1985 ; Conseil constitutionnel, DC, n° 2005-524/525, 13 octobre 2005.

⁴⁸² Conseil constitutionnel, DC n° 2005-524/525, 13 octobre 2005, considérant 5.

⁴⁸³ D'un point de vue concret, il est difficile de concevoir que la France puisse réellement être empêchée de dénoncer ce protocole.

⁴⁸⁴ Le texte est voté à 828 voix contre 26, Congrès, 19 février 2007.

⁴⁸⁵ Sénat, 19 février 2007, Robert Badinter : Ainsi, l'inscription de l'abolition à une échelle constitutionnelle aura une « *portée symbolique et morale considérable* » ; Sénat, 19 février 2007, Dominique de Villepin : « *Un État de droit moderne, la peine de mort n'a pas*

147. Ainsi, même en l'absence de constitutionnalisation du droit à la vie, le législateur est contraint au retrait définitif du *faire mourir* en raison du respect de la *valeur* de la vie humaine. Même si d'un point de vue quantitatif, l'abolition de la peine de mort ne renforce pas de manière considérable la protection accordée à la vie, d'un point de vue théorique, symbolique et politique, elle est cruciale. Elle est paradigmatique de la manière dont se transforment les prérogatives de l'État sur la vie. En effet, avec l'abolition de la peine de mort, l'État ne peut plus user de son droit de vie et de mort à l'encontre des individus et doit accepter de les *laisser mourir*. Son abolition signifie désormais que *toutes* les vies humaines, y compris celles des personnes qui ne se conforment pas aux règles de la société, doivent être protégées de manière égalitaire par l'État. En Allemagne, le retrait du *faire mourir* en raison de la consécration de la valeur de la vie est encore plus évident qu'en France : la constitutionnalisation du droit à la vie entraîne automatiquement l'abolition constitutionnelle de la peine de mort en 1949.

B. L'abolition de la peine de mort en Allemagne

148. Après la Seconde Guerre mondiale, la manière dont la vie est appréhendée en Allemagne devient hautement axiologique. La vie est pensée comme une composante de *l'ordre de valeurs* qui structure désormais l'ordre constitutionnel⁴⁸⁶ et qui impose notamment l'abolition de la peine de mort.

149. En effet, l'article 102 LF qui énonce que la « *peine de mort est abolie* » est considéré comme une conséquence directe de l'article 2⁴⁸⁷. Il marque, à l'instar de cet article 2, la reconnaissance d'une conception de l'État qui s'oppose frontalement au régime précédent⁴⁸⁸. Il serait néanmoins erroné d'affirmer que cette consécration s'est faite sans débats. En effet, même si la constitutionnalisation du droit à la vie est consensuelle⁴⁸⁹, la question de l'abolition de la peine de mort reste malgré tout controversée. On observe notamment la persistance de l'idée selon laquelle la peine de mort est une *arme de défense* de l'État⁴⁹⁰. Par ailleurs, une critique s'élève quant au manque de légitimité du Conseil parlementaire pour trancher une question politique aussi importante. D'aucuns considèrent

sa place, car la justice, ce n'est pas la vengeance. [...] Tout l'honneur de la civilisation est de refuser de verser le sang et de punir avec fermeté, mais avec humanité, ceux qui enfreignent cette loi » ; Sénat, 19 février 2007, Philippe Folliot, *op. cit.* : « *Inscrire l'interdiction de la peine de mort dans le marbre de notre constitution constitue le moyen [...] de l'affirmer comme valeur fondamentale et intangible de notre société [...] un tel événement constitue un hommage à toutes les générations de combattants pour la dignité de la personne humaine et pour une justice respectueusement du droit à la vie* ».

⁴⁸⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁴⁸⁷ LEISNER G., *Das Recht auf Leben*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁸⁸ BVerfG, 30 juin 1964 - BVerfGE 18, 112, §17.

⁴⁸⁹ Der Parlamentarische Rat, Band 5/I, 19 octobre 1949, p. 923.

⁴⁹⁰ Argument repris par Der Parlamentarische Rat, Band 9, Plenum, Adenauer, 6 mai 1949, p. 480.

qu'elle devrait faire l'objet de débats parlementaires⁴⁹¹. Cependant, à cet argument s'oppose celui relatif à la *valeur* de la vie⁴⁹². Certains députés déclarent qu'à « *l'époque de la grande barbarie et de l'humiliation de l'humanité est derrière nous. C'est pour cela qu'il me semble impératif d'en apporter la preuve et que le peuple allemand se renouvelle et estime tellement le droit à la vie que l'État n'aura plus le droit de prendre des vies humaines* »⁴⁹³ ou encore que « *cette question est tellement importante qu'elle doit être abordée par la Loi fondamentale à côté du droit à la vie et à l'intégrité physique consacrés par l'article 2. Dans le discours public d'autrefois, cet article était déjà interprété comme impliquant l'abolition de la peine de mort* »⁴⁹⁴. Cet argument tend à *imposer* la constitutionnalisation de l'abolition de la peine de mort⁴⁹⁵. En effet, les défenseurs de l'abolition insistent sur la nécessité de reconnaître aujourd'hui la « *vie [comme] quelque chose de sacré, de tellement sacré, qu'un groupe d'hommes organisé en État ne peut pas s'accorder le droit de supprimer la vie d'autres êtres humains [...] l'État n'a pas donné la vie, il n'a pas non plus le droit de la reprendre [...]. Si l'État ne commence pas, de lui-même, à arrêter de tuer des êtres humains, s'il ne cesse pas, de lui-même, les meurtres, alors les génocides ne s'arrêteront jamais* »⁴⁹⁶. L'argumentaire axiologique compense donc l'éventuelle absence de légitimité démocratique des organes décisionnels à décider de l'abolition puisqu'en tout état de cause le respect des valeurs fondamentales s'impose. En raison du caractère axiologique de la vie, et du lien intrinsèque tissé entre ce dernier et l'abolition de la peine de mort⁴⁹⁷, l'État abandonne son droit de *faire mourir*. Un tel lien est mis en lumière par la Cour constitutionnelle qui déclare en 1964 que « *l'abolition de la peine de mort en Allemagne signifie bien plus que la simple suppression en droit positif d'une sanction pénale parmi d'autres. C'est une décision d'une grande importance sur le plan politique et juridique. Elle marque la reconnaissance de la valeur fondamentale de la vie humaine et la conception d'un l'État, qui s'oppose aux convictions d'un régime politique dans lequel la vie individuelle signifiait si peu et qui, en conséquence, abusant sans limite du droit de vie et de mort sur les citoyens* »⁴⁹⁸. La Cour considère ainsi qu'une conception axiologique de la vie impose l'abolition du *faire mourir* étatique.

150. Si en France, l'approche axiologique étant moins centrale, les réticences à l'abandon du *faire mourir* sont plus importantes ; en Allemagne, la constitutionnalisation du droit à la vie entraîne

⁴⁹¹ Der Parlamentarische Rat, Band 9, Plenum, Dr. Chapeaurouge (CDU), 6 mai 1949, p. 478.

⁴⁹² DÜSING B., *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, Offenbach, Bollwerk-Verlag, 1952 p. 277.

⁴⁹³ Der Parlamentarische Rat, Band 14/2, Wagner, p. 1618.

⁴⁹⁴ Der Parlamentarische Rat, Band 14/2, Renner, p. 1618. Voir également DÜSING B., *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit. p. 282.

⁴⁹⁵ Der Parlamentarische Rat, Band 14/2, Seebohm, p. 1618 : « *Cette question est tellement importante qu'elle doit trouver un ancrage constitutionnel* ».

⁴⁹⁶ Der Parlamentarische Rat, Band 9, Plenum, Wagner, 6 mai 1949, p. 480.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ BVerfG, 30 juin 1964 - BVerfGE 18, 112. L'arrêt est relatif à une demande d'extradition d'un prisonnier dans un pays qui autorise la peine de mort. Dans cette décision, la Cour estime que l'article 102 LF n'interdit pas à l'Allemagne l'extradition. Voir également, SCHMIDT-BLEIBTREU B., KLEIN H., *Kommentar zum GG*, op. cit., p. 94. Voir aussi LEISNER G., *Das Recht auf Leben*, op. cit., p. 14 -15 ; DETJEN J., *Die Werteordnung des GG*, op. cit., p. 86.

l'abolition automatique du droit de vie et de mort de l'État. Dans les deux pays, l'État doit désormais *laisser mourir* ces citoyens.

Sous-section 2. *Laisser mourir*

151. La montée en puissance du *faire vivre* signifie que l'État renonce à son pouvoir de *faire mourir* et accepte de *laisser mourir* les individus. Même si cela apparaît en contradiction avec le *faire vivre*, cela suppose notamment qu'il renonce à disposer de la vie des individus et qu'il accepte, entre autres, que ces derniers puissent se donner la mort. En effet, la transformation du *faire mourir* en *laisser mourir* s'accompagne, selon Michel FOUCAULT, d'un phénomène de *privatisation* de la mort⁴⁹⁹. La vie étant désormais appréhendée comme un bien *individuel*, cela suppose que les individus puissent en partie en disposer librement. La protection de la vie n'étant plus seulement pensée dans une dimension collective, comme un objectif au service du *maintien de la population*, mais également dans une dimension individuelle, les individus doivent prendre en toute autonomie des décisions la concernant, y compris s'il s'agit d'y mettre fin. Sur le plan juridique, cette privatisation s'illustre par la libéralisation du suicide et de la fin de vie, qui permet, dans une certaine mesure, aux individus de décider de se *laisser* ou de se *faire mourir* (I). Toutefois, une analyse approfondie du droit positif révèle que les individus ne détiennent pas un droit absolu à disposer de leur vie. Le suicide et la fin de vie demeurent strictement encadrés par le droit. En effet, lorsque le *laisser mourir* est susceptible d'entrer en contradiction avec le *faire vivre*, l'État limite la liberté de disposer la vie, particulièrement en France. La vie étant désormais une *valeur* au fondement de l'ordre juridique, l'État doit la protéger même si cela implique des restrictions à l'autonomie décisionnelle des individus (II).

I. *Laisser mourir* : la privatisation progressive de la mort

152. Le phénomène de privatisation de la mort théorisé par Michel FOUCAULT s'illustre sur le plan juridique à la fois par la dépénalisation du suicide au siècle des Lumières (A) et la libéralisation plus contemporaine de l'encadrement juridique de la fin de vie (B).

⁴⁹⁹ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir, op.cit.*, p. 182.

A. La libéralisation du suicide

153. Historiquement sanctionné en tant qu'atteinte au droit de vie et de mort du souverain (1), le suicide est ensuite dépénalisé au nom d'un principe de libre disposition de sa vie (2).

1. L'interdiction du suicide au nom du pouvoir monopolistique de *faire mourir* du souverain

154. Historiquement, le suicide est pénalisé « *puisque'il était une manière d'usurper sur le droit de mort que le souverain, celui d'ici-bas ou celui de l'au-delà, avait seul le droit d'exercer* »⁵⁰⁰.

155. Sous l'Antiquité⁵⁰¹, le suicide n'est en principe pas réprimé⁵⁰². Toutefois, il est sanctionné lorsque la personne s'ôte la vie pour éviter les conséquences d'un jugement. Quand il porte atteinte au pouvoir de juger et de punir du souverain⁵⁰³, le suicide est donc pénalisé.

156. Il en va de même au Moyen âge⁵⁰⁴ où le suicide est également pénalisé, en France⁵⁰⁵ comme en Allemagne⁵⁰⁶ car il constitue une insulte pour le pouvoir royal⁵⁰⁷. L'ordonnance de 1670 en France qualifie, par exemple, le crime de « *crime atroce de lèse-majesté* »⁵⁰⁸ tandis qu'en Allemagne⁵⁰⁹, l'édit de 1731 le qualifie de crime « *inhumain, scandaleux et abominable* »⁵¹⁰. Le crime est considéré comme étant d'une particulière gravité puisque des poursuites pénales *post mortem* sont possibles⁵¹¹. En effet, le cadavre du suicidé est parfois pendu après qu'il a été trainé sur la claie⁵¹². Par ailleurs, le crime est jugé si grave que le principe de personnalité des peines ne trouve pas application. Ainsi, les héritiers peuvent se voir confisquer les biens de la personne qui s'est suicidée⁵¹³. Or, il s'avère

⁵⁰⁰ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir*, op.cit., p. 182.

⁵⁰¹ PFANNKUCHEN K., *Selbstmord und Sanktionen, eine rechtshistorische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung ostpreussischer Bestimmungen*, Berlins Logos Verlag, 2008, p. 37.

⁵⁰² REUHTER R., *Der Selbstmord im Strafrecht*, Pulsnitz, K. Hoffmann, 1930, p. 5.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁰⁴ MORON P., *Le suicide*, Paris, PUF, 2005, §21.

⁵⁰⁵ MINOIS G., *Histoire du suicide, la société occidentale face à la mort volontaire*, Paris, Fayard, 1995, p. 106.

⁵⁰⁶ PFANNKUCHEN K., *Selbstmord und Sanktionen, eine rechtshistorische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung ostpreussischer Bestimmungen*, op. cit., p. 46.

⁵⁰⁷ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », op. cit., p. 11.

⁵⁰⁸ MINOIS G., *Histoire du suicide, la société occidentale face à la mort volontaire*, op. cit., p. 106 ; GODINEAU D., *S'abrèger les jours. Le suicide en France au XVIIIe siècle*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 4.

⁵⁰⁹ Dès le 14^{ème}, les premières pénalisations du suicide apparaissent. Elles se perpétuent et sont complétées tout au long du 15^{ème}, du 16^{ème} et du 17^{ème} siècle, comme le montre PFANNKUCHEN K., *Selbstmord und Sanktionen, eine rechtshistorische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung ostpreussischer Bestimmungen*, op. cit., p. 49. Voir également VARWYK D., *Die Tötung auf Verlangen und die Beteiligung am Selbstmord im schweizerischen, deutschen und französischen Strafrecht, vergleichende Darstellung*, Dissertation, Fribourg, 1964, p. 18 ; REUHTER R., *Der Selbstmord im Strafrecht*, op. cit., p. 6.

⁵¹⁰ PFANNKUCHEN K., *Selbstmord und Sanktionen, eine rechtshistorische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung ostpreussischer Bestimmungen*, op. cit., p. 46.

⁵¹¹ GODINEAU D., *S'abrèger les jours. Le suicide en France au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 4.

⁵¹² PFANNKUCHEN K., *Selbstmord und Sanktionen, eine rechtshistorische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung ostpreussischer Bestimmungen*, op. cit., p. 157.

⁵¹³ CARBASSE J.M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 354. Voir également l'ordonnance de 1270 des établissements de Saint Louis, cité par HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, Harmattan, 2004, p. 141.

que cette sanction vaut également pour les autres crimes de lèse-majesté⁵¹⁴ et pour le duel⁵¹⁵ ; crimes qui ont tous pour point commun de constituer une insulte pour les autorités religieuses et séculières⁵¹⁶. Ainsi, historiquement, le suicide est sanctionné car, le seul maître de la vie étant Dieu - incarné en la personne du monarque - les hommes ne peuvent pas disposer de leur propre vie⁵¹⁷.

157. Cependant, à l'époque moderne, le renforcement d'un pouvoir qui s'exerce *positivement* sur la vie a pour conséquence la disparition du droit de vie et de mort absolu du souverain et de transformer la mort en un phénomène privé.

2. La dépénalisation du suicide au nom de la liberté individuelle

158. Michel FOUCAULT considère que la privatisation de la mort est une conséquence de l'évolution du pouvoir de *faire vivre*. En effet, le pouvoir s'exerçant désormais positivement sur la *vie* et non plus sur la mort, celle-ci sort progressivement de son champ d'action. Les individus sont alors libres de se donner la mort et, d'une certaine manière, de se réapproprier leur vie. Ce phénomène s'observe, en France, à partir de la Révolution : à l'argument du contrat social fondé sur une approche *collective* de la vie s'oppose bientôt une rhétorique fondée sur la liberté et sur une approche davantage *individualisée* de la vie humaine. Ainsi, certains philosophes des lumières considèrent que les individus ne doivent pas pouvoir disposer de leur vie, que le suicide doit être interdit car le contrat social impose à chacun de participer au *maintien de la population*⁵¹⁸. En ce sens, Thomas HOBBS affirme que « l'État ne saurait tolérer la désertion des membres de sa communauté civile »⁵¹⁹ et Jean-Jacques ROUSSEAU que « le suicide est un vol fait au genre humain »⁵²⁰. En revanche, d'autres, tels que VOLTAIRE et MONTESQUIEU, considèrent que le suicide doit être perçu comme une expression de la liberté individuelle⁵²¹. Ils estiment que le souverain ne devrait pas pouvoir disposer de la vie de ses sujets et l'État de la vie de ses citoyens. Ainsi, VOLTAIRE critique l'argument selon lequel le suicide nuirait au *maintien de la population* car, à considérer qu'il fait du « tort à la société [...] ces homicides volontaires et légitimés par toutes les lois, qui se commettent dans la guerre ne font [-ils] pas un peu plus de tort au genre humain ? »⁵²². VOLTAIRE critique le *droit de vie et de mort* du souverain : si la décision de *faire mourir* est prise par l'État, elle est légitime ; mais si c'est le sujet lui-même qui soustrait au souverain

⁵¹⁴ CARBASSE J.M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 354.

⁵¹⁵ Voir notamment KÖPPINGER J., *Die Teilnahme am Selbstmord*, Thèse, Köln, Bornha Leipzig, Noske, 1931, p. 71.

⁵¹⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », op. cit., p. 11.

⁵¹⁷ CARBASSE J.M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 354.

⁵¹⁸ MINOIS G., *Histoire du suicide, la société occidentale face à la mort volontaire*, op. cit., p. 349.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 189.

⁵²⁰ ROUSSEAU J.J., *La Nouvelle Héloïse*, partie III, lettre XXII, *Œuvres complètes*, t. II, la pléiade, 1969, p. 393. Dans un autre registre, TERRE F., « Du suicide en droit civil », in TERRE F., *Le suicide*, Paris, PUF, 1994, p. 524.

⁵²¹ MINOIS G., *Histoire du suicide, la société occidentale face à la mort volontaire*, op. cit., p. 246.

⁵²² *Ibid.*, p. 273.

cette prérogative en s'ôtant la vie, le crime est impardonnable⁵²³. Cet argumentaire conduit à la dépenalisation du suicide en France en 1791. La lecture des débats parlementaires de l'époque montre bien que les discussions s'articulent autour de la question de savoir qui est le titulaire, de l'État ou de l'individu, du pouvoir de disposer de la vie humaine. Les députés favorables à la dépenalisation se demandent ainsi « *comment quelques législateurs se sont-ils crus fondés à établir des condamnations contre le cadavre des suicidés, si ce n'est qu'ils ont pensé que l'homme n'avait pas le droit de disposer de sa vie* »⁵²⁴.

159. En Allemagne, un processus de privatisation de la mort s'observe également à partir de 1794, même si aucune législation harmonisée n'existe en Prusse à cette époque sur la question de la pénalisation du suicide. Les lois Saxons interdisent, par exemple, que les personnes suicidées soient enterrées alors que d'autres *Länder* ne sanctionnent plus le suicide depuis le milieu du 18^{ème} siècle. L'introduction de l'infraction d'*homicide à la demande* dans le Code pénal prussien fait dire à certains auteurs que le Code pénal, en sanctionnant moins sévèrement l'homicide lorsqu'il a été réalisé à la *demande* de la victime⁵²⁵, admet que celle-ci puisse en partie disposer de sa vie⁵²⁶. Par l'introduction de cette infraction, le législateur prend en effet en compte la *volonté* des individus, et leur réattribue un certain pouvoir de disposition de leur vie.⁵²⁷ En 1871, lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le suicide n'apparaît plus dans le Code et peut donc être définitivement considéré comme dépenalisé⁵²⁸.

160. L'idée selon laquelle l'individu devrait pouvoir, au même titre que l'État, disposer de sa vie trouve ainsi une résonance en droit pénal. L'exercice du biopouvoir - du *faire vivre* - se voit ainsi limité par la privatisation de la mort et la montée en puissance de l'idée selon laquelle l'État n'est

⁵²³ *Ibid.*, p. 273. Cette critique est reprise par le Traité de Duvergier de HAURANNE qui constate que « *l'interdiction de tuer souffre toutes les exceptions possibles dès que les responsables de la société en éprouvent le besoin. Faire le sacrifice de sa vie est [...] approuvé lorsqu'il s'agit de sauver l'État, la patrie, le souverain. Pourquoi serait-ce interdit pour convenance personnelle ?* » cité par MINOIS G., *Histoire du suicide, la société occidentale face à la mort volontaire*, *op. cit.*, p. 273.

⁵²⁴ AN, 31 mai 1791, J. Jallet. Voir également, deux siècles plus tard : Sénat, 9 juin 1983, Robert Badinter, p. 1522 : « *Le suicide, c'est-à-dire le droit de disposer de sa vie, constitue un droit inaliénable de l'individu. Je n'ai pas besoin de me référer aux plus grands écrits pour rappeler que ce droit est l'expression de la liberté fondamentale de l'homme* » ; Sénat, 9 juin 1983, Franck Sérusclat, p. 1531 : « *Voilà pourquoi, malgré cette nécessité, nous pensons qu'il n'est pas du tout opportun de voter un tel texte qui a pour conséquence essentielle de porter atteinte aux libertés* » ; AN, 14 décembre 1987, Jean Pierre Michel, p. 7313.

⁵²⁵ §834 ALR (Code prussien), Partie 2, titre 20 : « *Celui qui tue une personne à sa demande ou qu'il aide à se suicider doit être puni d'une peine de 6 à 10 ans de réclusion, et dans le cas, où il est soupçonné que la demande a été fortement influencée par le coupable d'une peine de réclusion à perpétuité* ».

⁵²⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁵²⁷ SCHREINER J., *Jenseits vom Glück, Suizid, Melancholie und Hypochondrie in deutschsprachigen Texten des späten 18. Jahrhunderts, Ancien Régime, Aufklärung und Revolution*, Oldenbourg, Band 34, 2003, 145.

⁵²⁸ Loi du 15 mai 1871, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1872.

pas titulaire d'un droit de disposition sur la vie de ces citoyens⁵²⁹. Dans une certaine mesure, un tel constat peut également être dressé en ce qui concerne la fin de vie.

B. La libéralisation de la fin de vie

161. Le phénomène de privatisation de la mort s'observe également dans le domaine de la fin de vie. Progressivement, les États français et allemand admettent en effet que les individus peuvent se *laisser mourir*. Ces derniers peuvent refuser l'administration ou la prolongation d'un traitement, fût-il vital, et disposer ainsi librement de leur vie (1). Les ordres juridiques admettent même que, dans certaines circonstances spécifiques, les individus puissent exiger d'être aidés à mourir (2).

1. *Laisser mourir* les patients souffrants

162. Les droits français et allemand permettent aux patients conscients (a) et inconscients (b) de se *laisser mourir*, affaiblissant le *faire vivre* au bénéfice d'un renforcement du droit de disposer de sa vie.

a. *Laisser mourir* les patients conscients

163. En France et en Allemagne, la prise en compte croissante de la dimension individuelle de la santé⁵³⁰ et le renforcement corollaire du droit à l'autonomie décisionnelle⁵³¹ conduisent le législateur à admettre un droit au refus de soin et, partant, l'idée selon laquelle les individus peuvent se *laisser mourir* et disposer de leur vie.

164. En France, l'article L1111-4 CSP dispose, en ce sens, que « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement* » et ajoute que « *le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité* »⁵³². Ce droit est justifié par un principe de libre disposition de la vie⁵³³, comme le montrent les termes du projet de loi de 2015 à l'origine de la réforme qui introduit cet article dans le Code de santé publique. Ce projet de loi énonce, en effet, que « *nos concitoyens souhaitent dans leur immense majorité être entendus, c'est-à-dire disposer de leur vie*

⁵²⁹ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir*, op. cit., p. 182 : « La mort en [devient] la limite, le moment qui lui échappe, elle devient le point le plus secret de l'existence, le plus "privé". Il ne faut pas s'étonner que le suicide [...] soit devenu au cours du XIX^{ème} une des premières conduites à entrer dans le champ de l'analyse sociologique ; il faisait apparaître aux frontières et dans les interstices du pouvoir qui s'exerce sur la vie, le droit individuel et privé de mourir ».

⁵³⁰ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁵³¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁵³² La procédure est encadrée par l'article L1111-4 CSP. « *Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut faire appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrit dans le dossier médical du patient. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L1110-10* ».

⁵³³ En ce sens, voir aussi, CCNE, Avis n° 121, *Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir*, 13 juin 2013.

jusqu'à son ultime moment»⁵³⁴. Par ailleurs, l'obligation de consentement, prévue par l'article 16-3 du Code civil⁵³⁵, empêche le médecin d'agir sans le consentement exprès du patient. Ainsi, si ce dernier n'accepte pas les soins, le médecin est, en principe, dans l'incapacité d'intervenir et doit le laisser mourir. Dans le cadre de la fin de vie, on assiste ainsi en droit français à une forme de privatisation de la mort et à la réappropriation par les individus de leur vie⁵³⁶. Par ailleurs, l'article L1110-5-CSP dispose que les traitements « *ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient* ».

165. Une telle obligation est également consacrée par le §630d du Code civil allemand. En principe, le médecin ne peut maintenir en vie un patient qui a refusé de donner son consentement aux soins. De manière générale, l'article 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale (LF) sur le libre épanouissement de la personnalité joue un rôle important en droit médical, car il en découle le principe d'autonomie décisionnelle des patients⁵³⁷. Le droit médical allemand accorde à la *volonté* du patient une place importante⁵³⁸. Par ailleurs, un droit au refus de soin est consacré par la Cour fédérale de justice⁵³⁹, qui, dès 1991, considère que, lorsque le patient est en fin de vie, « *des mesures, conformes à la volonté exprimée ou présumée du patient, sont possibles si elles consistent en la non-administration ou*

⁵³⁴ CLAEYS A., LEONETTI J., Proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, n° 2512, 21 janvier 2015.

⁵³⁵ Article 16-3 du Code civil : « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement ; hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

⁵³⁶ Sur ce point, voir notamment, CA Bordeaux, 10 avril 2013, cité par CC, 1^{ère} chambre civile, 15 janvier 2015, n° 13-21180 : « *L'arrêt [d'appel] relève d'abord que si, selon l'expert, le patient, dépourvu de médecin traitant, n'avait pas refusé un transfert vers un autre établissement, quitté la clinique contre avis médical et, de retour chez lui, omis de consulter un autre médecin, une antibiothérapie adaptée au germe qui aurait pu être identifié par la poursuite des examens et analyses engagés lors de son séjour à la clinique et interrompus avant d'avoir abouti, aurait permis, dans un délai de quinze à trente jours, de résorber l'infection et d'éviter l'aggravation de son état ; que l'arrêt retient ensuite, distinguant entre réduction du dommage et évitement d'une situation d'aggravation, que les complications de l'infection initiale sont la conséquence du refus par ce patient, pendant plus d'un mois et en raison de ses convictions personnelles, de traitements qui ne revêtaient pas un caractère lourd et pénible* ». La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel - CC, 2^{ème} chambre civile, 19 juin 2003, n° 01-13289 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que Mme X n'avait pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

⁵³⁷ Voir notamment, sur les débats sur la libéralisation du suicide dans les années 1980 et 1990, HOERSTER N., « *Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe* », *NJW*, 1986, p. 1786 ; HIERSTER N., « *Warum keine aktive Sterbehilfe ?* », *ZRP*, 1988, p. 14 ; UHLENBRUCK W., « *Recht auf den eigenen Tod ?* », *ZRP*, 1986, p. 209. Voir aussi, HERZBERG D., « *Der Fall Hackethal : strafbare Tötung auf Verlangen* », *NJW*, 1986, p. 1635 ; GROSSKOPF, « *Sterbehilfe - Spannungsfeld zwischen Menschenwürde und strafrechtliche Verantwortung* », *RGD*, 2004, p. 20.

⁵³⁸ Sur cette question, voir, FURKEL F., « *Allemagne - Le rôle majeur des proches au service d'une réelle autonomie de patient en fin de vie* », in FEUILLET-LIGER B. (dir.), *Les proches et la fin de vie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 84 : « *Mandataire, représentant légal ou proche dénué de pouvoir juridique, c'est donc à différents titres que les proches vont intervenir auprès du patient en fin de vie. Si leurs pouvoirs divergent parfois, leur rôle est guidé par un principe fondamental toujours identique : assurer par tous les moyens possibles l'autonomie de décision du patient* ».

⁵³⁹ BGH, 08 mai 1991, 3 StR 467/90 ; BGH, 13 septembre 1994, 1 StR 357/94 ; BGH, 17 mars 2003, XII ZB 2/03 ; BGH, 08 juin 2005, XII ZR 177/03 : « *Le personnel ne peut opposer, ni le contrat de prise en charge, ni même, en l'espèce, sa liberté de conscience* » ; BGB, 25 juin 2010, 2 StR 454/09.

l'arrêt de traitements visant à prolonger la vie»⁵⁴⁰. Dans une décision de la Cour fédérale de justice de 2010, le droit au refus de soins est étendu, le juge déclarant que la procédure d'arrêt de soin n'est plus conditionnée par l'existence « *d'une maladie incurable et d'une mort imminente* »⁵⁴¹.

166. Les droits français et allemand admettent ainsi une *privatisation de la mort* par la consécration d'un droit à se *laisser mourir*, tant pour les patients en état d'exprimer leur consentement que pour ceux qui ne le sont pas.

b. *Laisser mourir* les patients inconscients

167. Les ordres juridiques français et allemand admettent également un affaiblissement du *faire vivre* au nom du *laisser mourir* dans le cas des patients inconscients.

168. En Allemagne, l'arrêt de traitement est admis par le juge dès 1994, dès lors qu'il est possible de déterminer la volonté du patient⁵⁴², qu'elle soit explicite ou « *supposée* »⁵⁴³, au regard d'un certain nombre de critères⁵⁴⁴. Depuis 2009, les critères dégagés par la Cour fédérale de justice sont consacrés par le §1901a du Code civil allemand qui rend opposable les directives anticipées du patient : « *Si une personne majeure inconsciente a préalablement précisé par écrit, pour le cas où elle deviendrait inconsciente, qu'elle consentait ou refusait pour l'avenir à des interventions médicales (directives anticipées), alors le tuteur doit s'assurer que ces déclarations sont encore pertinentes au regard de la situation de vie et de soins de la personne* »⁵⁴⁵. En Allemagne, la possibilité pour un individu de se *laisser mourir* est fondée sur le droit à l'autodétermination du patient qui découle de l'article 1 LF, la Cour fédérale de justice énonçant en 2003 que « *le caractère contraignant des directives anticipées s'explique par le respect de la dignité humaine qui assure le respect du droit à l'autodétermination, même si le patient n'est plus en état de l'exercer* »⁵⁴⁶ et en 2010 que « *le droit à l'autodétermination qui découle de l'article 1 alinéa 1 et de l'article 2 alinéa 1 de la LF permet à la personne de se protéger contre les atteintes non consenties à son intégrité physique et contre la progression de sa vie et*

⁵⁴⁰ BGH, 08 mai 1991, 3 StR 467/90.

⁵⁴¹ BGH, 25 juin 2010, 2 StR 454/09, considérant 5. Voir notamment, ALBERTS, « *Rechtfertigung von Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch* », *FamFR*, 2010, p. 430 ; BOSCH N., « *Rechtfertigung von Sterbehilfe* », *JA*, 2010, p. 908.

⁵⁴² BGH, 13 septembre 1994, 1 StR 357/94.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Par exemple : les déclarations écrites ou orales de la personne, ses croyances religieuses, ses idéologies personnelles, son espérance de vie ou la douleur qu'il est susceptible de ressentir.

⁵⁴⁵ §1901a BGB alinéa 1. Les alinéas suivants disposent que « *si c'est bien le cas, le tuteur doit déterminer la volonté du patient. Une directive anticipée peut être révoquée à tout moment, sans condition de forme. S'il n'y a pas de directives anticipées ou que celles-ci ne correspondent pas à la situation de vie et de soins de la personne, le tuteur doit déterminer la volonté supposée du patient et décider, sur cette base, s'il consent ou refuse les interventions médicales demandées. La volonté présumée doit être recherchée au regard d'éléments concrets, tels que des déclarations écrites ou orales préalables, les convictions éthiques et religieuses ou les idéologies de la personne. (3) Les alinéas 1 et 2 sont applicables quel que soit le type de maladie et quel que soit son stade d'avancement. (4) Personne ne peut être contraint à rédiger des directives anticipées. La rédaction ou la présentation de directives anticipées ne peut être une condition de la conclusion d'un contrat* ».

⁵⁴⁶ BGH, 17 mars 2003, XII ZB 2/03.

de sa mort»⁵⁴⁷. Au nom du droit à l'autodétermination, le droit allemand admet donc un principe de libre disposition de la vie et le *laisser mourir*.

169. En France, la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie reconnaît en principe le caractère opposable des directives anticipées⁵⁴⁸, acceptant dès lors qu'on *laisse mourir* une personne inconsciente si sa volonté préalable a été identifiée, que ce soit par le biais de ces directives ou, en son absence, par le biais de la personne de confiance désignée par le patient⁵⁴⁹.

170. En outre, l'article L1110-5-1 CSP prévoit une procédure d'arrêt de soin pour obstination déraisonnable mise en œuvre si le patient « *est hors d'état d'exprimer sa volonté [...] à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire* ». Cette procédure permet également aux médecins de laisser un patient mourir si cela correspond à sa volonté présumée. Dans un arrêt Lambert du 24 juin 2014⁵⁵⁰, le Conseil d'État énonce ainsi que la procédure ne peut être mise en œuvre « *que sous la*

⁵⁴⁷ BGH, 25 juin 2010, 2 StR 454/09, considérant 9 : « *La reprise de l'alimentation artificielle du patient réalisée sans son consentement exprès ou supposé constitue une atteinte à son intégrité physique et à son droit à l'autodétermination* ». Par ailleurs, la Chambre fédérale des médecins dispose dans une recommandation de 2011 que « *le devoir du médecin est de maintenir la vie, de rétablir et de protéger la santé, de limiter les douleurs et d'accompagner jusqu'à la mort, dans le respect du droit à l'autodétermination des patients* ». Voir aussi, BÄK, *Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsche Ärzteblatt*, Jg. 108, Heft 7, 18 février 2011, p. A346.

⁵⁴⁸ Article L1111-11 CSP : « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux. Les directives anticipées s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale* ».

⁵⁴⁹ Article L1111-12 CSP. Voir aussi, Conseil constitutionnel, QCP n° 2017-632, 2 juin 2017 : « *En vertu de l'article L1111-11 du code de la santé publique, de respecter les directives anticipées formulées par ce dernier, sans à les écarter si elles apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient. En leur absence, il doit consulter la personne de confiance désignée par le patient ou, à défaut, sa famille ou ses proches* ».

⁵⁵⁰ En 2008, Vincent Lambert est victime d'un accident de voiture. Il se trouve, dans un premier temps, plongé dans le coma. Il en sort pour se retrouver en « état pauci-relationnel » appelé aussi « état de conscience minimale ». À partir de 2013, une procédure d'arrêt de traitement pour obstination déraisonnable est enclenchée. S'en suit alors une véritable saga judiciaire. Les parents de Vincent Lambert saisissent le juge administratif pour contester cette décision d'arrêt des soins. Le tribunal de Châlons-en-Champagne accueille leur demande le 11 mai 2013, car les médecins de l'hôpital de Reims n'ont pas respecté la procédure posée par la loi de 2005 en oubliant de consulter les parents du patient. Une nouvelle procédure est donc enclenchée. Elle mène à une nouvelle décision d'arrêt de soin. Le juge administratif est, à nouveau, saisi par les parents de Vincent Lambert. Il accueille le 16 janvier 2014 leur demande, considérant que la décision de suspendre l'alimentation et l'hydratation artificielles caractérisent une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie et qu'il n'est pas établi qu'une telle atteinte résulte de sa volonté. Le Conseil d'État valide, le 20 juin 2014, l'arrêt de traitement décidé par le personnel hospitalier. La Cour européenne des droits de l'homme juge ensuite, le 5 juin 2015, que le dispositif français n'est pas contraire à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'équipe médicale décide toutefois de suspendre la réalisation de l'arrêt de soin qui ne peut pas être mis en œuvre dans des conditions sereines. Le 9 octobre 2015, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne rejette la demande du neveu de Vincent Lambert qui souhaitait faire appliquer la précédente décision d'arrêt. Le 16 juin 2016, la Cour d'appel de Nancy confirme que le nouveau médecin de Vincent Lambert n'est pas tenu par la décision de son prédécesseur et qu'il doit enclencher une nouvelle procédure. Le 19 juillet 2017, le Conseil d'État confirme l'annulation de la décision de suspension sans limitation de durée du médecin. Dans la mesure où l'ancien médecin a démissionné, une nouvelle procédure doit être enclenchée. Le nouveau médecin décide, de manière collégiale de l'arrêt de soin. Mais le TA de Châlons-en-Champagne, le 20 avril 2018, demande une nouvelle expertise. Ces experts se désistent. Le 2 juillet 2018, le TA de Châlons-en-Champagne ordonne une nouvelle expertise médicale. Entre-temps, le 10 mars 2016, le juge des tutelles de Reims confie la tutelle de Vincent Lambert à sa femme - décision confirmée par la CA de Reims le 8 juillet 2016. Le pourvoi formé contre cette décision est ensuite rejeté par la Cour de cassation le 8 décembre 2016.

double et stricte condition que la poursuite de ce traitement traduise une obstination déraisonnable et que soient respectées les garanties tenant à la prise en compte des souhaits éventuellement exprimés par le patient »⁵⁵¹. De la même manière, le Conseil constitutionnel considère que la loi 2016 impose au « médecin [de s'enquérir] préalablement de la volonté présumée du patient »⁵⁵². Notons que la CEDH estime, dans l'arrêt *Lambert contre France*, que la procédure française ne porte pas atteinte au droit à la vie consacré par l'article 2 CESDH car elle se fonde sur « la prise en compte de la volonté du patient »⁵⁵³. La loi semble donc faire primer le respect de la volonté du patient sur la protection de sa vie biologique. Au nom du respect de la liberté individuelle, le laisser mourir peut l'emporter sur le faire vivre.

171. En France et en Allemagne, la montée en puissance d'un droit à l'autodétermination dans le domaine médical favorise ainsi le phénomène de *privatisation de la mort* décrit par Michel FOUCAULT. Sous l'influence des droits fondamentaux, la mort sort peu à peu du champ d'action du pouvoir étatique, renforçant la dimension individuelle du droit à la santé et à la vie⁵⁵⁴. Elle se *privatise* à tel point qu'il est même, dans une certaine mesure, possible de *faire mourir* les patients souffrants.

2. Faire mourir les patients souffrants ?

172. Le respect des droits fondamentaux du patient peut aller, dans une certaine mesure, jusqu'à accepter de le *faire mourir*. Ainsi, est-il par exemple possible d'accélérer la survenue de la mort d'un patient lorsque cela permet d'apaiser ses souffrances, la France et l'Allemagne autorisant les médicaments dits à « double effet »⁵⁵⁵. Depuis la loi de 2016, l'article L1110-5-2 autorise le médecin à

⁵⁵¹ CE, 24 juin 2014, n° 375081. À ce propos, VIGNEAU D., « L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État », *Dalloz*, 2014, p. 1856 ; KELLER R., « Droit au respect de la vie et droits du patient - La question de l'interruption d'un traitement : la réponse », *RFDA*, 2014, p. 657 ; POUPEAU D., « L'affaire Lambert se poursuivra devant la CEDH - Conseil d'État 24 juin 2014 », *AJDA*, 2014, p. 1293.

⁵⁵² Conseil constitutionnel, QPC n° 2017-632, 2 juin 2017, considérant 10. Pour un avis critique, THOUVENIN D., « Le juge constitutionnel et la fin de vie d'une personne hors d'état de manifester sa volonté », *RDSS*, 2017, p. 1035 ; SZTULMAN M., « L'acharnement procédural au secours de la fin de vie », *Constitutions*, 2017, p. 460 ; BATTEUR A., « Avis de mort imminente d'un proche par lettre recommandée... », *Dalloz*, 2017, p. 1307.

⁵⁵³ CEDH, *Lambert contre France*, 5 juin 2015, n° 4604314 : La Cour estime qu'en l'espèce l'État n'a pas abusé de cette marge d'appréciation en considérant « conforme aux exigences de l'article 2 le cadre législatif prévu par le droit interne, tel qu'interprété par le Conseil d'État, ainsi que le processus décisionnel mené d'une façon méticuleuse ». La Cour est dès lors arrivée « à la conclusion que la présente affaire avait fait l'objet d'un examen approfondi où tous les points de vue avaient pu s'exprimer et où tous les aspects avaient été mûrement pesés tant au vu d'une expertise médicale détaillée que d'observations générales des plus hautes instances médicales et éthiques ». Voir notamment VIALLA F., « Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même », *Dalloz*, 2015, p. 1625.

⁵⁵⁴ Sur ce point, voir notamment, JUAN S., « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou droit collectif ? », *op. cit.*, p. 439.

⁵⁵⁵ En France, l'article L1110-5-3 CSP dispose que « le médecin met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale, même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrèger la vie ». En Allemagne, BGH, 15 novembre 1996, 3 StR 79/96 : « La médication d'un patient, conforme à sa volonté exprimée ou supposée, qui vise à soulager sa douleur n'est pas illégale du seul fait qu'elle a pour conséquence l'accélération non volontaire - mais envisagée (et acceptée) - de la survenance de la mort ».

administrer au patient une sédation profonde⁵⁵⁶ et, par ce biais, à l'aider à mourir. En Allemagne, depuis 2015, le §217 du Code pénal interdit, certes, toute pratique *commerciale* d'aide au suicide, mais semble *a contrario* autoriser l'aide au suicide pratiquée à des fins non commerciales⁵⁵⁷. L'aide exceptionnelle au suicide motivée par des considérations altruistes en raison par exemple d'un lien personnel et particulier avec la personne⁵⁵⁸, n'est *a priori* pas sanctionnée, cette disposition servant le renforcement du droit « à l'autodétermination des individus qui comprend également le droit de décider de sa propre mort »⁵⁵⁹. Son but est de sanctionner les pratiques commerciales susceptibles d'influencer le patient et d'entraver l'exercice de son autodétermination tout en réaffirmant la non-pénalisation de l'aide au suicide si elle répond à une demande volontaire. Comme l'énonce le projet de loi, « l'ordre juridique allemand renonce à pénaliser le suicide décidé de manière autonome car il ne peut être opposé aux individus un droit général et contraignant à vivre »⁵⁶⁰.

173. Le respect de la liberté et de la vie privée mène ainsi parfois à une primauté du *faire vivre mourir* sur le *faire vivre*⁵⁶¹. La prise en compte de la dimension individuelle de la vie permet à ce dernier de disposer librement de sa vie, même si, à première vue, cette prise en compte nuit au *faire vivre* et à la protection de la vie humaine - du moins dans son acception biologique⁵⁶². Cependant, il serait erroné de croire que l'État abandonne ses prérogatives en matière de *faire vivre*. En effet, il est possible d'identifier un certain nombre de réticences juridique à la consécration d'un droit à la libre disposition de la vie : l'État, continuant à *faire vivre* les individus, limite la privatisation de la mort et leur droit à se *laisser*, voire à se *faire, mourir*.

⁵⁵⁶ Article L1110-5-2 CSP : « À la demande du patient d'éviter toute souffrance et de ne pas subir d'obstination déraisonnable, une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie, est mise en œuvre dans les cas suivants ». Sur l'avis du comité citoyen sur cette question lors des états généraux de 2018, voir BOURDAIRE-MIGNOT C., GRÜNDLER T., « Fin de vie : ne rien changer quand rien ne va », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, août 2018.

⁵⁵⁷ §217 StGB : « Celui qui a l'intention, d'encourager à des fins commerciales le suicide d'un autre individu et qui lui en donne l'occasion, ou sert d'intermédiaire, est puni d'une peine de prison de trois ans maximums ou d'une amende. N'est pas pénalisé le complice qui n'agit pas à des fins commerciales et qui est soit un parent ou un proche ».

⁵⁵⁸ Voir en ce sens, les motifs du projet de loi - Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, Drucksache 18/5373, 1 juillet 2015, p. 12.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 8. Voir pour des critiques de cette loi : « Neues Sterbehilfegesetz unter massiver Kritik », *Gesundheitsstadtberlin*, 07 novembre 2015.

⁵⁶¹ Sur cette question en Allemagne, voir notamment, HOERSTER N., « Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe », *NJW*, 1986, p. 209.

⁵⁶² En revanche, dans la mesure où l'encadrement de la fin de vie entend se fonder sur une certaine acception de la qualité de vie, il est possible de considérer qu'il améliore la protection de *bios*.

II. Les limites à la privatisation de la mort

174. La bonne réalisation du *faire vivre* nécessite de limiter la pleine réappropriation par les individus de leur vie et, partant, de leur mort. Ainsi, les ordres juridiques n'appréhendent, ni le suicide (A), ni la fin de vie (B), comme des phénomènes purement privés.

A. Les règles juridiques encadrant le suicide

175. Même si le suicide n'est aujourd'hui plus pénalisé en France et en Allemagne, les ordres juridiques restent réticents à admettre que les individus puissent pleinement disposer de leur vie. C'est la raison pour laquelle ils font non seulement de la protection de la vie une obligation collective qui peut peser sur des tiers (1) mais qu'ils sanctionnent aussi parfois ces derniers pour avoir aidé une personne à mourir (2).

1. Le devoir de sauver la personne en danger

176. En France et en Allemagne, l'infraction de non-assistance à personne en danger permet de sanctionner les tiers qui n'ont pas tenté de sauver la *vie* d'une personne en danger.

177. En France, l'article 223-6 du Code pénal sanctionne « *quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire* ». Cette disposition est susceptible de s'appliquer même si ladite personne en danger a volontairement intenté à ses jours⁵⁶³. Ainsi, dans un arrêt du 4 juin 2013, la Cour considère que « *le prévenu qui a découvert le corps d'une personne qui venait de se pendre et dont on lui a indiqué qu'elle bavait et qu'elle avait encore les mains chaudes, a reconnu qu'il s'était opposé à ce qu'on le dépende sans avoir procédé à aucune vérification personnelle de son état et en indiquant qu'il n'avait pas pensé à regarder si elle était morte* », que dès lors, « *l'appel téléphonique, par lui effectué aux services de police, pour provoquer des secours ne saurait l'exonérer* »⁵⁶⁴. La Cour de cassation considère ici que le prévenu est coupable du délit de non-assistance à personne en danger, même si ladite personne s'était manifestement volontairement pendue. La Cour précise que l'article 223-6 du Code pénal fait « *devoir à celui qui est en état de le faire, sans risque pour lui ou pour les tiers, de porter assistance à une personne en péril soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours* » ; et que cette disposition « *n'a pas entendu ouvrir une option*

⁵⁶³ Même si de telles condamnations sont rares, elles ne sont pas inexistantes. Voir sur ce point, HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *op. cit.*, p. 12 : « *Les éléments de sa caractérisation sont suffisamment nombreux et précis [...] pour qu'il ne soit que rarement retenu en liaison avec la commission d'un suicide* ».

⁵⁶⁴ CC, chambre criminelle, 4 juin 2013, n° 1285874.

arbitraire entre deux modes d'assistance, mais fait, tout au contraire, obligation d'intervenir, s'il le faut, par leur emploi cumulatif»⁵⁶⁵.

178. Par ailleurs, la Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 21 janvier de 1991, condamne des individus pour ne pas avoir empêché le suicide d'un membre de leur équipage alors même que ce dernier avait déjà tenté une première fois de mettre fin à ses jours⁵⁶⁶, énonçant qu'

*« aucun membre de l'équipage n'a cherché à reprendre contact avec Claudy A..., ni exercé une surveillance discrète par les hublots de la cabine ; qu'il est indéniable que ce dernier qui venait de réaliser une tentative de suicide se trouvait dans un état de déséquilibre physique ou psychique, nécessitant des précautions et une attention particulière ; que par négligence les coéquipiers de Claudy A... ont cessé d'aider ou de surveiller leur camarade ; que cette négligence fautive a favorisé la réalisation du suicide, sans qu'il y ait à rechercher l'existence d'un lien direct et immédiat entre la faute et le dommage »*⁵⁶⁷.

179. La Cour de cassation rejette ensuite le pourvoi formé contre cette décision, considérant qu'*« il résulte [de l'arrêt d'appel] qu'une faute de négligence a été retenue à bon droit à l'encontre des prévenus et [...] l'existence d'un lien de causalité certain entre cette faute et le décès de la victime, la cour d'appel a justifié sa décision »*⁵⁶⁸. Cette décision apparaît fondée sur l'idée selon laquelle, dans certains cas, la protection de la vie est de la responsabilité de tous, qu'il s'agit d'une mission collective qui implique une obligation de surveillance pour les tiers.

180. En Allemagne, le §323c du Code pénal allemand sanctionne *« celui qui, en cas d'accident, de situation de danger ou de détresse n'apporte pas son aide, alors qu'elle était nécessaire et qu'au regard des circonstances elle aurait pu être fournie, sans que cela le mette considérablement en danger ou sans que cela porte atteinte à d'autres de ses obligations importantes »*⁵⁶⁹. Cette disposition impose à celui qui est titulaire d'une obligation juridique - que ce soit en vertu de la loi, de la coutume ou d'un contrat⁵⁷⁰ - d'agir pour protéger les tiers contre la survenance d'un danger s'il en a la possibilité physique. En matière de suicide, cette disposition permet notamment au juge de pénaliser les tiers qui n'apportent pas leur aide à des personnes qui ont cherché à se donner la mort. Ainsi, dès 1952, le juge déclare que *« si l'abstention coupable ne peut pas être réprimée au titre de l'assistance au suicide, elle peut l'être au titre de la non-assistance à personne en danger »*⁵⁷¹. Dans cet arrêt, le juge condamne pour non-assistance à personne en danger l'épouse qui, après avoir constaté que son mari s'était pendu à la suite d'une violente dispute conjugale, n'appelle pas les secours. Le juge considère en effet qu'au regard des circonstances

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ Ils sont condamnés pour homicide involontaire et non pour non-assistance en danger ici. Mais c'est bien leur abstention qui caractérise ici l'infraction.

⁵⁶⁷ CC, chambre criminelle, 5 mars 1992, n° 9181295 ; observations Doucet, 5 décembre 1992, *Gazette du Palais*, p. 6.

⁵⁶⁸ CC, chambre criminelle le 5 mars 1992 ; observations Doucet, *Gazette du palais*, 5 décembre 1992, p. 6. Voir aussi sur cette question, LEVASSEUR G., « Suicide. Qualifications éventuelles. Provocation au suicide », *RSC*, 1993, p. 325.

⁵⁶⁹ §323c StGB.

⁵⁷⁰ Elle existe par exemple pour les personnes unies par le mariage.

⁵⁷¹ BGH, 12 février 1952, *NJW*, 1954, p. 1050.

particulières de l'espèce, l'époux est dans une « *situation de danger* »⁵⁷² qui impose à l'épouse d'intervenir au regard de l'article 323c⁵⁷³.

181. Même si de telles décisions sont relativement isolées, elles révèlent que la vie est d'une importance telle qu'elle mérite d'être préservée quand cela est possible. Une personne peut être condamnée pour ne pas avoir sauvé une personne qui a pourtant délibérément tenté de se donner la mort.

2. L'interdiction d'aider une personne à se suicider

182. En principe, en l'absence d'incrimination principale, l'assistance ou la complicité au suicide ne peuvent pas être récriménées, ni en France⁵⁷⁴, ni en Allemagne⁵⁷⁵. Pourtant, preuve de l'exercice d'un biopouvoir qui tend à *faire vivre* les individus, les acteurs juridiques français (a) et allemands (b) parviennent à pénaliser, par des moyens détournés, la participation directe ou indirecte des tiers à un suicide.

a. L'interdiction en France

183. En France, depuis la loi du 31 décembre 1987, l'article 223-13 du Code pénal sanctionne « *le fait de provoquer au suicide d'autrui [...] lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide* » et l'article 223-14 CP « *la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort* ». En raison d'un contexte particulier - le scandale lié la sortie du livre *Suicide mode d'emploi* -, l'assistance au suicide peut, depuis 1987, être pénalisée, afin notamment de « *protéger les êtres particulièrement vulnérables contre les agissements de tiers les incitant à accomplir le geste irrémédiable* »⁵⁷⁶. Cela étant, les incriminations prévues sont circonscrites de

⁵⁷² La Cour précise toutefois que le suicide, en dehors de circonstances particulières ne peut pas toujours être considéré comme une « situation de danger » au sens de l'article 323c du Code pénal.

⁵⁷³ Dans le même sens, BGH, 10 mars 1954 - BGHSt 6, 147 : la Cour condamne l'époux qui n'a pas appelé les secours alors que sa femme mourait des suites de sa tentative de suicide dans la chambre. Voir sur ce point, GALLAS W., « Die durch einen Selbstmordversuch herbeigeführte Gefahrenlage ist ein Unglücksfall iSd §330c StGB » JZ, 1954, p. 641. L'auteur souligne qu'il est impossible pour le tiers de savoir si la victime a agi de manière parfaitement volontaire, raison pour laquelle il est obligé d'agir. Voir aussi, MÜLLER T., *Die Lehre vom rechtsfreien Raum im Lichte des Suizids*, Shaker-Verlag, 1998, p. 125. DÖLLING, « Suizid und unterlassene Hilfeleistung », NJW, 1986, p. 1011 ; GALLAS W., « Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung », JZ, 1960, p. 649; HEINITZ E., « Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord », JR, 1954, p. 403.

⁵⁷⁴ TGI Paris, 23 janvier 1985 cité par HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁷⁵ VARWYK D., *Die Tötung auf Verlangen und die Beteiligung am Selbstmord im schweizerischen, deutschen und französischen Strafrecht, vergleichende Darstellung*, *op. cit.*, p. 61. KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGE H.U., *StGB-Kommentar*, §211, Rn 47 ; SCHÖNKE A., STERNBERG H., *StGB-Kommentar*, §211, Rn 35.

⁵⁷⁶ Voir, en ce sens, l'exposé des motifs de la proposition de loi Dailly, Assemblée nationale, n° 723 cité par FRANCILLON J., « Publicité ou propagande en faveur de moyens préconisés pour se donner la mort », RSC, 2002, p. 615. Voir également,

façon à n'atteindre que les « appels caractérisés au suicide [et non] la simple incitation »⁵⁷⁷. De plus, la provocation pour être punie par la loi doit revêtir un « caractère contraignant ou convaincant de nature à paralyser la volonté »⁵⁷⁸. Ces dispositions pénales sont, en outre, peu appliquées⁵⁷⁹ et « les rares applications de la loi tendent à montrer que sa portée est restrictivement déterminée comme ne devant viser que la provocation essentiellement par voie de presse ou autres publications et pas réellement par voie de relations interpersonnelles »⁵⁸⁰.

184. Malgré tout, cette loi constitue une dérogation à la pleine privatisation de la mort⁵⁸¹. En ce sens, les débats parlementaires de l'époque montrent que si les députés édictent cette nouvelle infraction, c'est bien parce que la vie est vue comme une valeur supérieure et indisponible à la volonté humaine. En ce sens, certains affirment que « le respect de la vie humaine a été de tout temps la préoccupation dominante de la justice répressive et qu'elle doit continuer à l'être, même en matière de suicide, dès lors que l'on est attaché à la dignité supérieure de l'homme et aux valeurs spirituelles. C'est bien le rôle des pouvoirs publics et donc des assemblées parlementaires de veiller à ce qu'il en soit ainsi »⁵⁸². Par ailleurs, les quelques applications de cette loi, même si elles ne concernent principalement que la presse⁵⁸³, montrent que lorsque le droit à la vie entre en conflit avec la liberté d'information, c'est bien la protection de la vie qui prime⁵⁸⁴. En effet, en 2001, un directeur de presse est pénalement condamné pour

AZIBERT G., « Le délit de provocation au suicide et le caractère contraignant ou convaincant de nature à paralyser la volonté », *Dalloz*, 1993, p. 14.

⁵⁷⁷ FRANCILLON J., « Publicité ou propagande en faveur de moyens préconisés pour se donner la mort », *RSC*, 2002, p. 615.

⁵⁷⁸ TGI Lille, 5 avril 1990, *Dalloz*, 1993, 14 ; AZIBERT G., « Le délit de provocation au suicide et le caractère contraignant ou convaincant de nature à paralyser la volonté », *Dalloz*, 1993, p. 14.

⁵⁷⁹ Par ailleurs, si l'un des auteurs du livre à l'origine du scandale est condamné, c'est davantage en raison de son comportement à l'égard de la victime - à qui il avait écrit des courriers pour lui préciser la manière dont elle devait mettre en œuvre les techniques de suicide prescrites par le livre - qu'en raison de la publication même du livre. Voir CC, chambre criminelle, 26 avril 1988, n° 8782011 ; note Fenaux, *Gazette du Palais*, 1988-844.

⁵⁸⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, *op. cit.*, p. 48 et 175.

⁵⁸² Sénat, 19 décembre 1987, Alain Chalandon p. 5773 ; AN, 14 décembre 1987, Jacques Limouzy, p. 7318 : « Certes la vie nous appartient, mais nous, nous appartenons à la vie ! La vie, notre vie, qui est celle de ceux qui nous l'ont donnée et de ceux à qui nous pouvons la transmettre, s'inscrit dans une continuité. Alors, certes, la vie nous appartient, mais nous appartenons à la vie et elle a des droits sur nous » ; AN, 14 décembre 1987 Jean-Jacques Hyst, p. 7316 : « Touche à des valeurs fondamentales [telles que] la vie. [...]. C'est pourquoi je soutiendrai les propositions de loi amendées par notre commission en espérant que ces textes, loin d'être considérés comme attentatoires aux libertés, redonneront l'espoir à tous ceux qui, jour après jour, se consacrent aux jeunes et cherchent à leur faire mieux aimer la vie. C'est aussi notre rôle d'encourager tous ceux qui estiment que la vie mérite d'être vécue et qui essayent de donner à tous le goût de la vivre ». Dans le même sens AN, 14 décembre 1987, Leonce Deprez, p. 7315 ; AN, 14 décembre 1987, Guy Herlory, p. 1315.

⁵⁸³ L'incitation au suicide peut également tomber sous le coup de l'accusation d'empoisonnement : CC, chambre criminelle, 8 juin 1993, n° 93-81372 : « Attendu, enfin, que pour caractériser la volonté criminelle du demandeur, les juges retiennent que celui-ci connaissait l'effet mortifère de la prise massive des produits remis à la victime [...] ; qu'en outre, le soir des faits, il aurait déclaré dans un bar, "il n'en a plus pour longtemps", et le lendemain, aurait indiqué à un tiers que "le coup avait réussi" ; attendu qu'en cet état, le renvoi de l'inculpé sous l'accusation d'empoisonnement est légalement justifié ». Voir notamment, LEVASSEUR G., « Empoisonnement. Provocation au suicide », *RSC*, 1993, p. 774.

⁵⁸⁴ FRANCILLON J., « Publicité ou propagande en faveur de moyens préconisés pour se donner la mort. Conflit entre le droit à la vie et la liberté d'information. Responsabilité pénale du directeur de publication », *op. cit.*, p. 615.

provocation au suicide pour la publication d'un fascicule faisant la promotion de l'ouvrage *Suicide mode d'emploi*⁵⁸⁵.

185. Ainsi, « la préservation de la vie d'autrui est [...] un devoir social dont l'une des illustrations est fournie par les dispositions pénales incriminant la provocation au suicide »⁵⁸⁶. L'État n'appréhende pas le suicide comme un phénomène purement privé mais entend protéger la vie des individus psychologiquement fragiles et susceptibles d'être influencés par l'incitation d'un tiers.

b. L'interdiction en Allemagne

186. En Allemagne, certains éléments permettent également de nuancer l'idée selon laquelle la gestion de la mort tomberait désormais sous la coupe de la « *petite souveraineté* »⁵⁸⁷ des individus. En principe, l'assistance au suicide n'est pourtant pas pénalisée⁵⁸⁸. Dans un arrêt de 1982, la Cour fédérale de justice déclare qu'« en principe il n'existe pas d'obligation de porter assistance à une personne essayant librement de se suicider. En principe, si la personne est jugée libre et responsable de ses actes, le tiers n'a pas l'obligation de lui porter secours »⁵⁸⁹. En Allemagne, cette absence d'incrimination⁵⁹⁰ englobe également, à la différence de la France, la provocation au suicide. Les auteurs de l'ouvrage *Suicide mode d'emploi*, publié en Allemagne en 1982, n'encouraient ainsi aucun risque de poursuites pénales outre-Rhin. Cependant, cela ne signifie pas que, pour le juge, « le fait de soutenir un suicide est nécessairement irrépréhensible »⁵⁹¹. Ainsi, la Cour fédérale réussit-elle, depuis les années 1950⁵⁹², à incriminer la

⁵⁸⁵ Sur le fondement de l'article 223-15 du Code pénal, qui dispose que « lorsque les délits prévus par les articles 223-13 et 223-14 sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ». Voir, CC, chambre criminelle, 13 novembre 2001, n° 01-81418 : « Attendu qu'en l'état de ces motifs d'où il résulte que la revue *Colors* était intégrée à l'édition concernée du journal *Le Monde* et dès lors que, le prévenu n'ayant, ni établi, ni même allégué l'existence de circonstances indépendantes de sa volonté l'ayant mis dans l'impossibilité de s'acquitter du devoir de surveillance et de contrôle que lui imposaient ses fonctions de directeur de la publication, l'autorisation de publier le texte incriminé donnée par lui, caractérisait à son encontre l'élément intentionnel du délit reproché, la cour d'appel a justifié sa décision ».

⁵⁸⁶ FRANCILLON J., « Publicité ou propagande en faveur de moyens préconisés pour se donner la mort. Conflit entre le droit à la vie et la liberté d'information. Responsabilité pénale du directeur de publication », *RSC*, 2002, p. 615.

⁵⁸⁷ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Politique et politisation du vivant », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique - Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Paris, LGDJ, 2006, p. 41.

⁵⁸⁸ Voir notamment, TGI Paris, 23 janvier 1985 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸⁹ BGH, 3 décembre 1982 - BGHSt 2, 150 ; GEIER, LINDENMAIE, MÖHRING, n° 2 zu §212 StGB ; DREHER E., « Kann ein Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zulässt, ein Tötungsdelikt begehen ? », *Monatschrift für deutsches Recht*, 1952, p. 711 ; MEISTER H.G., « Die Abgrenzung der Beteiligung an Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt », *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1953, p. 166.

⁵⁹⁰ VARWYK D., *Die Tötung auf Verlangen und die Beteiligung am Selbstmord im schweizerischen, deutschen und französischen Strafrecht, vergleichende Darstellung*, *op. cit.*, p. 61 ; KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGE H.U., *StGB-Kommentar*, §211 RN47 ; SCHÖNKE A., STERNBERG H., *StGB-Kommentar*, §211 Rn 35.

⁵⁹¹ KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.U., *StGB-Kommentar*, *op. cit.*, §211.

⁵⁹² Voir notamment SCHEFFLER U., « Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid - besser als ihr Ruf? Rechtsprechung zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid », disponible sur https://www.rewi.europa.uni.de/de/lehrstuhl/sr/krimirecht/lehrstuhlinhaber/Publicationen/Aufsätze/43_BGH_Mitwirkung-am-Suizid.pdf. Voir également, BGH, 4 juillet 1984, 3STR 96/84, NJW, 1984, p. 2640.

participation active d'un tiers au suicide *via* la complicité à l'homicide⁵⁹³, l'homicide par abstention⁵⁹⁴, l'homicide involontaire⁵⁹⁵ ou l'homicide à la demande⁵⁹⁶. Cette question fait, depuis lors, l'objet d'un vaste et dense débat doctrinal, allant de la défense d'une dépénalisation absolue de l'aide au suicide à la défense d'une dépénalisation conditionnée par l'expression par la victime de sa réelle et pleine volonté de mourir (ce qui est, selon ces auteurs, relativement rare, car les études empiriques montreraient que moins de 40 % des suicides sont réellement volontaires)⁵⁹⁷. De plus, ces auteurs considèrent qu'une fois la victime inconsciente, il est impossible d'identifier son intention et que, par conséquent, les tiers se doivent d'intervenir pour l'aider⁵⁹⁸. Cette question a également fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle, trop complexe pour pouvoir être retranscrite en détail ici⁵⁹⁹. Il convient seulement de montrer qu'après avoir oscillé entre différentes positions, la Cour fédérale de justice se fonde sur trois éléments - l'identification de celui qui a procédé à l'action qui a effectivement conduit à la mort⁶⁰⁰, le degré d'implication de la tierce personne et le degré de libre arbitre de la personne concernée - pour différencier entre ces différentes infractions pénalement sanctionnées (complicité à l'homicide, l'homicide par abstention, l'homicide involontaire ou l'homicide à la demande) et l'assistance au suicide qui ne l'est en principe pas⁶⁰¹. Selon la Cour, en principe, plus la personne est jugée libre et responsable de ses actes, moins le tiers a l'obligation de lui porter secours⁶⁰². Toutefois, l'analyse de sa

⁵⁹³ §212, §27 StGB.

⁵⁹⁴ §212, §13 StGB.

⁵⁹⁵ §222 StGB.

⁵⁹⁶ §216 StGB.

⁵⁹⁷ Voir notamment, SONNEN B.R., « Pflichten eines beratenden Arztes bei akuter Lebensgefahr des Patienten », *JA*, 1983, p. 287.

⁵⁹⁸ Sur ce débat, SONNEN B. R., « Pflichten eines beratenden Arztes bei akuter Lebensgefahr des Patienten », *op. cit.*, p. 287 ; SEIER, « Sterbenlassen eines lebensmüden Kranken », *JA*, 1978, p. 393 ; GALLAS W., « Die durch einen Selbstmordversuch herbeigeführte Gefahrenlage ist ein Unglücksfall iSd §330c StGB », *op. cit.* ; GEILEN G., « Suizid und Mitverantwortung », *JZ*, 1974, n° 5/6, p. 145 ; DREHER, « Der für eine Seite gescheiterte Doppelselbstmord », *MDR*, 1994, p. 335 ; PAEHLER, « Die Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen », *MDR*, 8/1964, p. 647 ; MÜLLER T., *Die Lehre vom rechtsfreien Raum im Lichte des Suizids*, *op. cit.* ; TENTHOFF C., *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008 ; PALM V.D., *Selbsttötung in mittelbarer Täterschaft - Der Täter als Werkzeug des Opfers*, Thèse, Bonn, 2008 ; FISCHER A.C., *Straflose Mitwirkung am Suizid oder strafbare Fremdtötung*, Verlag Dr. Kovac, 2011 ; NIESTROJ C., *Die Rechtliche Bewertung der Selbsttötung und die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung*, Thèse, Göttingen, 1983 ; DÖLLING D., « Suizid und unterlassene Hilfeleistung », *NJW*, 1986, p. 1011 ; GALLAS W., « Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung », *JZ*, 1960, p. 649 ; HEINITZ E., « Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord », *JR*, 1954, p. 403.

⁵⁹⁹ Pour son analyse, voir notamment *Ibid* ; et en particulier SEIER J., « Sterbenlassen eines lebensmüden Kranken », *JA*, 1983, p. 393 ; DREHER E., « Der für eine Seite gescheiterte Doppelmord », *MDR*, 1964, p. 335 ; MÜLLER T., *Die Lehre vom rechtsfreien Raum im Lichte des Suizids*, *op. cit.*

⁶⁰⁰ Sur la distinction : BGH, 18 août 1863 - BGHSt 19, 135 ; BGH, 15 mai 1959, 4 StR 475/58.

⁶⁰¹ Voir notamment, sur les critères, même si aucune infraction n'est retenue : BGH, 4 juillet 1984 - BGHSt 32, 367 ; NEUMANN U., « Nichthinderungsverweigerung eines Freiverantwortlichen suizids », §72 in KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGE H.U., *StGB-Kommentar*, §211, *op. cit.*

⁶⁰² BGH, 3 décembre 1982 - BGHSt 2, 150 ; SEIER J., « Sterbenlassen eines lebensmüden Kranken », , p. 393.

jurisprudence montre que le juge semble opter pour une interprétation relativement stricte du concept de libre arbitre⁶⁰³.

187. En ce qui concerne, tout d'abord, l'homicide à la demande, le juge condamne en 1963 l'amant qui survit au suicide collectif qu'il a mis en œuvre avec sa petite amie⁶⁰⁴ ou, en 1959, le couple qui n'empêche pas la noyade de la grand-mère⁶⁰⁵. Beaucoup plus récemment, en 2014, la Cour fédérale de justice rappelle qu'au « *regard du §216 alinéa 1, l'homicide à la demande suppose que la demande de la victime, qui conditionne l'acte, soit expresse et sérieuse [...]. La personne qui exige de mourir doit disposer du discernement nécessaire pour comprendre la signification et la portée de sa décision [...]. Tel n'est pas le cas lorsqu'une maladie porte atteinte à sa capacité de discernement. Le fait que la personne se trouve dans un état dépressif empêche également l'auteur de l'homicide de bénéficier du traitement de faveur du §216 du Code pénal allemand* »⁶⁰⁶. La Cour exerce par conséquent un contrôle assez strict du libre arbitre de la personne qui a cherché à mourir⁶⁰⁷.

188. En ce qui concerne, ensuite, l'homicide involontaire, le juge déclare, dans un ancien arrêt de 1952, que « *même si l'assistance au suicide n'est pas sanctionnée, celui qui a une obligation légale de protéger un tiers contre la survenance d'un danger - et la possibilité physique de repousser ce danger et qui le laisse survenir alors même qu'elle le peut et connaît cette obligation, est - en fonction de son intention et de son comportement - coupable d'homicide volontaire ou involontaire* »⁶⁰⁸.

189. Quant à l'homicide par abstention⁶⁰⁹, la Cour considère en 1952 que « *si l'assistance au suicide n'est pas réprimée, celui qui a une obligation d'empêcher la survenance d'un danger pour un autre, qui connaît l'existence de cette obligation et qui n'empêche toutefois pas le suicide, alors qu'il aurait pu le faire s'il l'avait voulu, est coupable d'homicide volontaire ou involontaire - en fonction des circonstances de l'espèce* »⁶¹⁰. En l'espèce, elle condamne la femme qui a laissé son mari pendu alors qu'elle aurait pu le détacher et lui sauver la

⁶⁰³ Estimant notamment qu'une fois la personne inconsciente, celle-ci n'est de toute manière plus en mesure d'exprimer une volonté claire et perd donc tout libre arbitre, ce qui conduit alors le tiers à devoir agir.

⁶⁰⁴ BGH, 14 août 1963 - BGHSt, 19, 135. Voir, DREHER E., « Der für eine seite gescheiterte Doppelmord », *op. cit.*, 964, p. 337 ; PAEHLER H.H., « Die Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen », *MDR*, 1964, p. 647.

⁶⁰⁵ BGH, 15 mai 1959 - BGHSt 13, 162. Voir notamment, GALLAS W., « Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung », *JZ*, 1960, p. 649.

⁶⁰⁶ BGH, 14 septembre 2014, 2 StR 145/11. Voir aussi, LG Dresden, 1^{er} avril 2015, 1 Ks 140 Js 56327/13 L.

⁶⁰⁷ Voir, ZEHETGRUBER C., « Mord, Tötung auf Verlangen oder Selbstmord - Bevormundende Sichtweisen und kaum nachvollziehbare menschliche Freiheit - Zugleich Anmerkungen zu LG Dresden, Urt. v. 01.04.2015, 1 Ks 140 Js 56327/13 und BGH », *HRRS*, 2016 n° 506.

⁶⁰⁸ BGH, 12 février 1952 - BGHSt, 2, 150.

⁶⁰⁹ Contra BGH, 4 juillet 1984 - BGHSt 32, 367 ; BGH, 16 mai 1972, 5 StR 56/72. La Cour relaxe parfois l'accusé soit qu'elle admette que la décision de la personne était réellement autonome, soit qu'elle fût obligée de reconnaître l'absurdité de certains raisonnements : en l'espèce, l'homme qui avait oublié son arme de service dans la voiture que lui empruntait souvent son amie suicidaire allait se voir condamné à plusieurs années de prison pour « homicide involontaire par abstention », alors que s'il lui avait donné clairement l'arme, il aurait été acquitté puisque « l'assistance active et volontaire au suicide » n'est pas répréhensible.

⁶¹⁰ BGH, 12 février 1952 - BGHSt 2, 150.

vie⁶¹¹. Plus récemment, en 2011, la Cour condamne également un individu pour homicide par abstention « pour avoir posé sur la table de sa petite amie une bouteille de détergent, qu'il avait même ouverte, après lui avoir annoncé qu'il voulait aller vivre avec une autre femme »⁶¹². La Cour considère ici que

« même si son amie n'avait, par le passé, jamais exprimé de tendances suicidaires, un tel comportement crée une situation de danger - d'autant plus qu'il lui avait déjà proposé de boire du détergent et qu'il était mieux informé qu'elle sur les risques liés à cette consommation »⁶¹³; qu'« à partir du moment où l'accusé remarque que la femme boit le produit et qu'il reconnaît qu'elle se trouve en danger, il doit appeler sans tarder les secours »⁶¹⁴.

190. Les juges considèrent qu'en l'espèce « il ne s'agit pas d'un suicide volontaire car la victime manquait de libre arbitre et que dans la mesure où elle a bu le détergent en présence de l'accusé, il est possible de considérer qu'elle cherchait surtout à attirer son attention »⁶¹⁵. Ainsi, comme l'observent certains auteurs, « la décision du législateur (de ne pas incriminer l'assistance active au suicide) ne fait pas obstacle à la responsabilité pénale du garant pour homicide par abstention même lorsqu'il s'agit d'un suicide libre et responsable »⁶¹⁶.

191. Ainsi même si dans le champ de la fin de vie, la Cour fédérale de justice a développé une jurisprudence qui tend à accorder une force contraignante à la volonté individuelle de se *laisser mourir*, tel n'est pas aussi évidemment le cas en matière de suicide. L'interprétation faite par le juge allemand montre ainsi que « l'ordre juridique considère encore le suicide comme illégal »⁶¹⁷ ce qui réduit l'idée de libre disposition de la vie⁶¹⁸. En tout état de cause, en France comme en Allemagne, l'obligation de protection de la vie est telle qu'elle peut justifier l'implication de tierces personnes. Même si la libéralisation du suicide « correspond à une mutation de taille [par rapport] à la représentation ancienne où la vie des sujets n'était rien d'autre qu'un des éléments de la richesse et de la puissance du souverain »⁶¹⁹, les interprétations faites des énoncés juridiques en matière de suicide mettent en lumière l'importance accordée désormais à la valeur de la vie humaine. C'est l'une des raisons pour lesquelles il n'existe

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² BGH, 21 décembre 2011, 2 StR 295/11. Voir notamment, sur cet arrêt, MURMANN U., « Tötung durch Unterlassen », *NSZ*, 2012, p. 387. L'auteur critique l'arrêt de la Cour, considérant que le tiers n'aurait pu être condamné que pour non-assistance en personne en danger mais non pour homicide par abstention. Voir aussi, OG LAKCIOG LU. M.T., « Totschlag durch Unterlassen », *NSZ-RR*, 2012, p. 246.

⁶¹³ BGH, 21 décembre 2011, 2 StR 295/11.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ NEUMANN U., « Nichthinderung eines freiverantwortlichen Suizids », §72, in KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFEN H.U., *StGB-Kommentar*, *op. cit.*

⁶¹⁷ BGH, 10 mars 1954, repris par BGH, 7 février 2001, 5 StR 474/00.

⁶¹⁸ Ces décisions sont, cependant, très critiquées par une partie de la doctrine qui estime que le droit à l'autonomie de la « victime » devrait l'emporter sur la protection de sa vie NEUMANN U., « Nichthinderung eines Freiverantwortlichen Suizids », *op. cit.* ; KUTZER K., « Strafrechtliche Rechtsprechung des BGH, zur Beteiligung an einem freiverantwortlichen Suizid », *ZRP*, 2012, p. 135.

⁶¹⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *op. cit.*, p. 12.

pas, contrairement à ce qui est parfois affirmé⁶²⁰, de *droit subjectif* au suicide. « *Si le suicide était un droit, le suicidé réanimé pourrait demander dommages et intérêts aux sauveteurs qui l'ont privé de ce droit dont il entendait user* »⁶²¹. Or, tel n'est pas le cas ; au contraire, le phénomène de *privation de la mort* est limité en matière de suicide. Il en va de même en ce qui concerne la fin de vie. L'importance juridique accordée à la vie est là aussi telle qu'elle est susceptible de primer sur le respect de la volonté individuelle de mourir.

B. Les règles juridiques encadrant la fin de vie

192. Le phénomène de privatisation de la mort connaît également des limites en ce qui concerne la fin de vie. Tout d'abord, en France comme en Allemagne, le droit n'accorde pas à la volonté individuelle une force telle qu'elle permet à un individu d'être aidé à se *faire mourir* (2). Ensuite, dans le cadre des procédures relatives au *laisser mourir*, les ordres juridiques imposent également des limites au nom du *faire vivre* (1).

1. Les limites au droit au refus de soin

193. Les ordres juridiques français (a) et allemand (b) prévoient des limites au *laisser mourir* afin d'assurer la primauté de la vie humaine.

a. Les limites en droit français

194. En France, les limites au *laisser mourir* au nom du *faire vivre* ne s'expriment pas comme en Allemagne en raison d'une approche différente de la fin de vie. En effet, en France, historiquement, l'encadrement juridique de la fin de vie ne s'est pas structuré - comme c'est le cas en Allemagne, on le verra - autour d'une opposition entre protection de la vie et paradigme de l'autonomie. Il s'est davantage construit autour d'un modèle biopolitique au sein duquel les décisions sur la vie ne relèvent pas seulement de la souveraineté individuelle mais au moins autant d'une gestion étatique de la vie déléguée au corps médical. Cet important pouvoir décisionnel accordé au corps médical renforce et amoindrit par le même temps la protection de la vie biologique : le médecin peut certes décider de faire primer la protection de la vie sur le respect de la

⁶²⁰ TERRE F. « Du suicide en droit civil », in TERRE F., *Le suicide, op. cit.*, p. 524 ; LEVASSEUR G., « Le suicide en droit pénal », in TERRE F., *Le suicide, op. cit.*, p. 125 ; HENNETTE-VAUCHEZ S. *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, op. cit.*, p. 150 qui recense les différents énoncés normatifs et doctrinaux de « droit au suicide ».

⁶²¹ LEVASSEUR G., « Le suicide en droit pénal », in TERRE F., *Le suicide, op. cit.*, p. 125.

volonté individuelle (**aa**) mais, également, dans certains cas spécifiques, suspendre la protection de la vie alors que la volonté du patient n'a pas été clairement identifiée (**bb**).

aa. La primauté de la protection de la vie sur celle de la volonté individuelle

195. Les acteurs juridiques français ont longtemps été réticents à la consécration d'un droit au refus de soin. Le médecin est alors autorisé à neutraliser la volonté individuelle au nom de la protection de la vie. Ainsi, dans une décision du 26 octobre 2001, le Conseil d'État déclare que

« L'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer [...] trouve [...] sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu ; que par suite, ne saurait être qualifié de fautif le comportement de médecins qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternative thérapeutique, pratiquent les actes indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état, fût-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée par celui-ci de les refuser pour quelque motif que ce soit »⁶²².

196. Le juge considère ainsi que la protection de la valeur de la vie peut l'emporter sur le respect de la décision de refus de soin du patient dans des circonstances où le temps de réflexion n'est pas permis. Le vice-président du Conseil d'État affirme, en ce sens, en 2004 que *« le maintien de la vie reste l'objectif le plus fondamental de l'acte médical ou chirurgical dans notre jurisprudence. Le respect de la vie est au premier plan puisque même le respect de la volonté du malade au moins dans certains cas très précis, doit céder devant le maintien de la vie »*⁶²³. L'appréhension de la vie comme valeur - et le respect du *faire vivre* - limite ainsi un temps le phénomène de privatisation de la mort.

197. En outre, les lois de 2002 et de 2005, toutes deux relatives aux droits des malades et à la fin de vie, autorisent également les médecins à ne pas tenir compte de la décision d'arrêt de soin du patient si cela assure la protection de sa vie. Ainsi, même si la loi de 2002 proclame pour la première fois que *« le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix »*, elle ajoute que celui-ci doit, malgré tout, *« tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables »* dès lors que *« la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger »*⁶²⁴. De la même manière, la loi de 2005 prévoit certes la possibilité pour la personne

⁶²² CE, 26 octobre 2001, n° 198546.

⁶²³ MR DENOIX, Audition 3 février 2004, Rapport 1708, t. 2, p. 652. Voir également, CAA Paris, 9 juin 1998 cité par CE, 26 octobre 2001, n° 198546 : *« L'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer [...] trouve [...] sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu [...] ; qu'elle a ainsi entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade »*. Voir aussi, CE, 16 août 2002, Mme Feuillatey ; HENNETTE-VAUCHEZ S., « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Dalloz*, n° 44, 16 décembre 2004, p. 315.

⁶²⁴ Article 11 de la Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : *« Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables »*. Voir notamment, sur cette loi, LAMBER- FAIVRE Y., « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la

majeure de rédiger des directives anticipées⁶²⁵ et accorde une place privilégiée à l'avis de la personne de confiance⁶²⁶ mais elle ne leur accorde aucun caractère contraignant. Elle impose au médecin de les « *prendre en compte* » mais pas de les respecter.

198. Encore aujourd'hui, malgré les évolutions notables consacrées par la loi de 2016, le corps médical continue de disposer d'un fort pouvoir d'appréciation⁶²⁷ si la vie du patient est en danger. Ainsi, malgré l'affirmation du caractère contraignant de ces directives, la loi précise que celles-ci ne s'imposent pas en cas « *d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale* »⁶²⁸. L'article 37-1 du Code de déontologie médicale⁶²⁹ énonce encore plus clairement qu'« *en cas d'urgence vitale, l'application des directives anticipées ne s'impose pas pendant le temps nécessaire à l'évaluation complète de la situation médicale* ». En cas d'urgence, le médecin peut donc refuser d'appliquer les directives anticipées du patient. Cela étant, dans la mesure où les directives anticipées ont précisément vocation à s'appliquer lorsque le diagnostic vital d'un patient inconscient est engagé, il est alors possible de se demander si cette exception ne vide pas en partie le principe de respect des directives anticipées de sa substance.

199. La loi appréhende toujours le médecin comme le garant de la protection de la vie humaine, fût-ce au détriment d'une possibilité pour les individus de disposer pleinement de leur vie. Mais la loi admet aussi que, parfois, le respect de la décision médicale puisse primer sur celui de la vie.

qualité du système de santé », *Dalloz*, 2002, p. 1291 ; CORMIER M., « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé », *RDSS*, 2002, p. 641 ; TRUCHET D., « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RDSS*, 2002, p. 817 ; MONEGER F., « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé », *RDSS*, 2002, p. 639.

⁶²⁵ Article 7 de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie : « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment* ». Voir notamment, sur la réglementation de la fin de vie dans cette loi, ALFANDARI E., PEDROT P., « La fin de vie et la loi du 22 avril 2005 », *RDSS*, 2005, p. 751 ; LEROYER A.M., « Droits des malades - Fin de vie », *RTDciv.*, 2005, p. 645 ; VIALLA F., « Droits des malades en fin de vie », *Dalloz*, 2005, p. 1797.

⁶²⁶ Article 8 de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie : « *Article L1111-12. - Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin* ».

⁶²⁷ Voir notamment, THOUVENIN D., « Le juge constitutionnel et la fin de vie d'une personne hors d'état de manifester sa volonté », *RDSS*, 2017, p. 1035.

⁶²⁸ Article L1111-11alinéa 3 CSP.

⁶²⁹ Article R4127-37-1 CSP.

bb. La primauté de la décision médicale sur le respect de la vie humaine ?

200. La procédure d'arrêt de soin en cas d'obstination déraisonnable consacrée par la loi française depuis 2005 permet au corps médical, à la suite d'une décision collégiale, de ne pas poursuivre les traitements médicaux lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou sans autre effet que le seul maintien artificiel de la vie⁶³⁰. L'existence de cette procédure montre que les décisions relatives à la vie peuvent être prises non pas par le patient lui-même mais par le corps médical. D'ailleurs, la loi de 2005⁶³¹ ne conditionnait à aucun moment réellement l'arrêt de traitement à la volonté explicite du patient de ne pas être maintenu artificiellement en vie⁶³². Le médecin devait certes *consulter* la personne de confiance et les directives anticipées mais ces éléments ne le liaient pas. Les motifs du projet de loi de 2005 précisaient d'ailleurs que les directives anticipées n'étaient qu'un « *élément de la manifestation de la volonté du malade devenu inconscient* »⁶³³ et qu'elles n'avaient qu'une « *valeur indicative* »⁶³⁴. Depuis l'arrêt *Lambert* de 2014, le Conseil d'État considère certes que la volonté de l'individu doit en principe être prise en compte⁶³⁵ mais il précise que « *pour décider d'un éventuel arrêt [de traitement], le médecin doit se fonder sur un ensemble d'éléments dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières et de la situation singulière propres à chaque patient* »⁶³⁶. La volonté du patient n'est alors qu'un des nombreux éléments que le médecin doit consulter parmi tant d'autres⁶³⁷. Ainsi, même si, comme le souligne le Conseil constitutionnel dans une décision du 2 juin 2017, les décisions d'arrêt de soin font l'objet d'un

⁶³⁰ Article L1110-5-1 CSP.

⁶³¹ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie : « *Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L1111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne, aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical* ».

⁶³² En ce sens, voir les arguments de la saisine : Conseil constitutionnel, QPC n° 2017-632, 2 juin 2017, considérant 4 : « *Selon l'association requérante, ces dispositions méconnaîtraient l'article 34 de la Constitution en ce qu'elles priveraient de garanties légales, d'une part, le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine dont découlerait le droit à la vie et, d'autre part, la liberté personnelle, protégée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ces dispositions ne garantiraient pas le respect de la volonté du patient, lorsque ce dernier est hors d'état de l'exprimer, dans la mesure où, à l'issue d'une procédure collégiale dont la définition est renvoyée au pouvoir réglementaire, le médecin décide seul de l'arrêt des traitements sans être lié par le sens des avis recueillis* ».

⁶³³ Exposé des motifs de la proposition de loi n° 1882 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ CE, 24 juin 2014, n° 37508 : « *Qu'outre les éléments médicaux, qui doivent couvrir une période suffisamment longue, être analysés collégialement et porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique, le médecin doit accorder une importance toute particulière à la volonté que le patient peut avoir ; que le médecin doit également prendre en compte les avis de la personne de confiance, dans le cas où elle a été désignée par le patient, des membres de sa famille ou, à défaut, de l'un de ses proches, en s'efforçant de dégager une position consensuelle ; qu'il doit, dans l'examen de la situation propre de son patient, être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance à son égard* ».

⁶³⁶ CE, 24 juin 2014, n° 37508.

⁶³⁷ CEDH, *Lambert contre France*, 5 juin 2015, n° 4604314, opinion dissidente, §5 : « *En vertu de la loi française applicable en l'espèce, c'est-à-dire au cas d'un patient inconscient et n'ayant pas rédigé de directives anticipées, la volonté de celui-ci et les points de vue ou souhaits de sa famille ne font que compléter l'analyse de ce que le médecin en charge perçoit comme une réalité médicale. En d'autres termes, les souhaits du patient ne sont en pareil cas absolument pas déterminants pour l'issue finale* ». Sur ce point, voir aussi, THOUVENIN D., « *Le juge constitutionnel et la fin de vie d'une personne hors d'état de manifester sa volonté* », *RDS*, 2017, p. 1035.

contrôle juridictionnel⁶³⁸, une procédure d'arrêt de soin pour obstination déraisonnable reste envisageable, même si la volonté de la patiente est inconnue, et que la famille s'oppose à l'arrêt. L'arrêt du 5 janvier 2018⁶³⁹ du Conseil d'État en fournit une illustration. Dans cette décision, il déclare que « *dans l'hypothèse où le médecin n'est pas parvenu à un tel accord, il lui appartient, s'il estime que la poursuite du traitement traduirait une obstination déraisonnable, après avoir mis en œuvre la procédure collégiale, de prendre la décision de limitation ou d'arrêt de traitement* »⁶⁴⁰.

201. Ainsi, le droit français autorise le corps médical à *laisser mourir* un patient nonobstant l'absence de connaissance de sa volonté et l'opposition de la famille. Le droit français ne se structure ainsi pas autour d'une opposition binaire entre droit à la vie et droit à la disposition de sa vie mais davantage autour d'un modèle biopolitique de gestion de la fin de vie, en particulier lorsqu'il s'agit d'une situation considérée comme relevant de l'acharnement thérapeutique⁶⁴¹. L'opinion dissidente jointe à l'arrêt *Lambert contre France* de la CEDH critique d'ailleurs ce dispositif qu'elle considère peu protecteur de la vie biologique : « *Quelle est la raison impérieuse, dans les circonstances de l'espèce, qui empêche l'État d'intervenir pour protéger la vie ? [...] est-ce parce qu'il n'a plus d'utilité ou d'importance pour la société, et qu'en réalité il n'est plus une personne mais seulement une "vie biologique" ?* »⁶⁴². Il est vrai que le fort pouvoir accordé au corps médical peut être perçu comme ne servant pas la protection de la seule vie biologique, c'est-à-dire de *zoe*. Le corps médical est en effet habilité à distinguer entre les vies qu'ils *laissent mourir* et celles qui doivent être protégées au point que le médecin puisse ne pas respecter les directives anticipées du patient. Le corps médical peut dès lors *hiérarchiser* entre différentes formes de vie.

202. Ce dispositif n'est cependant pas jugé problématique par les instances internationales : la CEDH ne considère pas l'encadrement français comme contraire à l'article 2 de la CESDH. En effet, tant dans l'arrêt *Lambert contre France* de 2015 que dans l'arrêt *Afiri et Biddari contre France* de

⁶³⁸ Conseil constitutionnel, QPC n° 2017-632, 2 juin 2017, considérant 13 : « *En dernier lieu, la décision du médecin et son appréciation de la volonté du patient sont soumises, le cas échéant, au contrôle du juge dans les conditions prévues aux paragraphes 16 et 17* ». Pour une critique de ce contrôle, BATTEUR A., « Avis de mort imminente d'un proche par lettre recommandée... », *Dalloz*, 2017, p. 1307.

⁶³⁹ CE, 5 janvier 2018, n° 416689. Voir notamment BIOY X., « Arrêt des traitements et fin de vie », *AJDA*, 2018, p. 578 ; MAUPIN E., « Le Conseil d'État valide l'arrêt des soins d'une adolescente se trouvant dans un état végétatif persistant », *Dalloz actualité*, 11 janvier 2018.

⁶⁴⁰ CE, 5 janvier 2018, n° 416689, considérant en l'espèce qu'au « *au vu de l'état irréversible de perte d'autonomie de la jeune A...qui la rend tributaire de moyens de suppléance de ses fonctions vitales [...], il résulte de l'instruction, nonobstant l'opposition des parents qui ont toujours été associés à la prise de décision, qu'en l'état de la science médicale, la poursuite des traitements est susceptible de caractériser une obstination déraisonnable [...]* ». Dans le même sens, CE, 12 avril 2018, n° 419576 : « *La fille de M.B., désignée comme personne de confiance par celui-ci, a indiqué qu'il n'avait pas établi de directives anticipées ou exprimé de volonté ; sa concubine, qu'il avait également désignée comme personne de confiance, n'a pas non plus fait état de directives* » mais le juge valide quand même la procédure.

⁶⁴¹ En ce sens, THOUVENIN D., Audition 15 juillet 2008 à l'Assemblée nationale *in Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades à la fin de vie*, p. 404.

⁶⁴² CEDH, *Lambert contre France*, 5 juin 2015, n° 4604314, Opinion dissidente, §4.

2018 - relatif à la décision d'arrêt de traitement d'une jeune adolescente de 14 ans⁶⁴³ - la Cour européenne des droits de l'homme accorde à la France une grande marge d'appréciation⁶⁴⁴. Elle considère que, même si la volonté de la patiente ne peut pas être déterminée et que les parents s'opposent à la laisser mourir, « *en l'espèce, les autorités internes se sont conformées à leurs obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention, compte tenu de la marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce* »⁶⁴⁵.

203. L'exercice du pouvoir médical demeure, malgré tout, encadré. Le droit français n'autorise pas le médecin à *laisser* les patients *mourir* en toutes circonstances. Pour preuve, un contrôle juridictionnel des décisions d'arrêt de traitements est exercé⁶⁴⁶. Le Conseil d'État considère d'ailleurs que « *dans l'hypothèse où cette volonté demeurerait inconnue, elle ne peut être présumée comme consistant en un refus du patient d'être maintenu en vie dans les conditions présentes. Le médecin doit, dans l'examen de la situation propre de son patient, être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance à son égard, et, lorsque le patient est un enfant, faire de l'intérêt supérieur de celui-ci une considération primordiale* »⁶⁴⁷. En outre, le juge vérifie l'opportunité de la mise en œuvre d'une procédure d'arrêt de soins pour obstination déraisonnable. Ainsi, dans un arrêt du 8 mars 2017, le Conseil d'État estime dans l'affaire qui concerne une jeune enfant, MARWA, que

*« malgré le pronostic extrêmement péjoratif établi par les experts médicaux [...] [et] à défaut de pouvoir rechercher quelle aurait été la volonté de la personne s'agissant d'un enfant de moins d'un an à la date de la décision, l'avis de ses parents, qui s'opposent tous les deux à l'arrêt des traitements, revêt une importance particulière. Dans ces conditions, la circonstance que l'enfant M. D... soit dans un état irréversible de perte d'autonomie la rendant tributaire de moyens de suppléance de ses fonctions vitales ne rend pas les traitements qui lui sont prodigués inutiles, disproportionnés ou n'ayant pour autre effet que le maintien artificiel de la vie et la poursuite de ces traitements ne peut caractériser une obstination déraisonnable »*⁶⁴⁸.

⁶⁴³ Sur laquelle le Conseil d'État se prononce le 5 janvier 2018 : CE, 5 janvier 2018, n° 416689.

⁶⁴⁴ CEDH, *Afiri et Biddari contre France*, 23 janvier 2017, n° 182818, §29 : « *En conséquence, la Cour rappelle que, dans ce domaine qui touche à la fin de la vie, comme dans celui qui touche au début de la vie, il y a lieu d'accorder une marge d'appréciation aux États, non seulement quant à la possibilité de permettre ou pas l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre, mais aussi quant à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle. Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée, la Cour se réservant de contrôler le respect par l'État de ses obligations découlant de l'article 2* ».

⁶⁴⁵ CEDH, *Afiri et Biddari contre France*, 23 janvier 2017, n° 182818, §47. Voir, VIALLA F., « Fin de vie (enfant en état végétatif) : conformité du droit français au droit à la vie - Cour européenne des droits de l'homme 25 janvier 2018 », *Dalloz*, 2018, p. 245 ; MARAIS A., « Arrêt des soins sur un mineur contre l'avis des parents : conformité à la Convention européenne », *Dalloz actualité*, 5 février 2018 ; MAUPIN E., « Le Conseil d'État valide l'arrêt des soins d'une adolescente se trouvant dans un état végétatif persistant », *Dalloz actualité*, 11 janvier 2018.

⁶⁴⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1). Pour le contrôle récent, CE, 5 janvier 2018, n° 416689 ; CE, 12 avril 2018, n° 419576. Voir notamment VIGNEAU D., « L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État », *Dalloz*, 2014, p. 1856 ; THOUVENIN D., « L'arrêt « Lambert », miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti », *RDSS*, 2014, p. 1101 ; TRUCHET D., « L'affaire *Lambert* », *AJDA*, 2014, p. 1669.

⁶⁴⁷ CE, 6 décembre 2017, n° 403944.

⁶⁴⁸ CE, 8 mars 2017, n° 408146. Voir notamment, BOURDAIRE-MIGNOT C., GRÜNDLER T., « Le médecin, les parents et le juge. Trois regards sur l'obstination déraisonnable », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, 26 mai 2017.

204. Le juge prend ainsi en compte les circonstances particulières de l'espèce pour contrôler les décisions médicales. Au nom de la protection de la vie, il arrive ainsi parfois au juge de limiter le pouvoir médical.

b. Les limites en droit allemand

205. En Allemagne, malgré la prise en compte croissante de la volonté du patient, la vie fait toujours l'objet d'une protection renforcée dans le cadre de la fin de vie.

206. En ce sens, même si dès 1994 le juge affirme qu'un arrêt de traitement est possible même chez une personne en fin de vie inconsciente, dès lors qu'il est possible de déterminer sa volonté supposée, il ajoute également qu'en cas de doute « *la protection de la vie humaine prime sur les convictions personnelles du médecin ou de toute autre personne participante* »⁶⁴⁹. Ainsi, en Allemagne, si le patient souhaite se *laisser mourir*, et que sa volonté est claire, le médecin se doit de réaliser son souhait. En revanche, si celle-ci n'est pas explicite, le médecin ne peut pas, en principe, arrêter les soins du patient⁶⁵⁰. La seule possibilité pour un médecin d'envisager de *laisser mourir* son patient, c'est lorsque la protection qui lui est due en vertu de l'article 2 est neutralisée par le jeu de l'article 1 de la LF duquel découle un droit à l'autodétermination. Si l'article 1 n'est pas susceptible d'être invoqué, l'article 2 produit ses pleins effets. L'encadrement se veut donc ainsi structuré autour d'une opposition binaire entre le paradigme du droit à la vie et celui de l'autodétermination⁶⁵¹. L'instauration d'une procédure relative à celle qui existait dans le Code de santé publique français avant 2016 (permettant au corps médical de décider d'un arrêt de traitement sans être absolument certain de la volonté présumée du patient) n'est en principe pas concevable en Allemagne⁶⁵². La Cour fédérale de justice précise malgré tout en 1994 qu'

*« au cas par cas, la décision d'arrêt de soin peut dépendre du pronostic médical, des chances d'amélioration du patient et de l'engagement de son diagnostic vital : plus les chances de retrouver un état de vie digne - au regard des considérations générales - diminuent et plus la mort s'approche, plus on peut envisager un arrêt de soin. Le médecin doit donc se voir accorder, dans certains cas limites, un certain pouvoir décisionnel et une certaine marge d'appréciation quant à l'arrêt ou à la poursuite des traitements »*⁶⁵³.

⁶⁴⁹ BGH, 13 septembre 1994, 1 StR 357/94, considérant 3.

⁶⁵⁰ HORN R., « Le débat sur l'euthanasie et ses répercussions sur les pratiques médicales en fin de vie - Un regard comparatif : France - Allemagne », CNAMTS, *Pratiques et organisation des soins*, 2010/4, Vol. 41, p. 324. Voir pour un traitement plus approfondi de la question, HORN R., *Le droit de mourir - choisir sa fin de vie en France et en Allemagne*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013.

⁶⁵¹ Comme le montre la directive de la Chambre fédérale des médecins : BÄK, *Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung*, op. cit., p. A346 : « Le médecin doit respecter la vie dans le respect du droit à l'autodétermination ».

⁶⁵² HORN R., *Le droit de mourir - choisir sa fin de vie en France et en Allemagne*, op. cit., p. 11.

⁶⁵³ BGH, 13 septembre 1994, 1 StR 357/94, §91 (jurion).

207. Dans certains cas, il pourrait donc être concevable que le corps médical décide seul d'un arrêt de soin même si en théorie le médecin se doit avant tout de respecter la volonté du patient.

208. En France et en Allemagne, c'est le strict encadrement de la fin de vie est en tout état de cause lié, d'une manière ou d'une autre, à une volonté de *faire vivre*. Preuve en est, le médecin n'est jamais autorisé à pratiquer un geste actif directement létal, et ce, même si ce geste est expressément demandé par le patient.

2. L'absence de *droit à la mort*

209. En raison notamment d'une conception axiologique du *faire vivre*, ni la France, ni l'Allemagne (a), ni la CEDH (b), ne consacre de droit à la pleine privatisation de sa mort, de droit à exiger de mourir.

a. Aux niveaux constitutionnels et législatifs

210. En France et en Allemagne, il n'est pas possible, de manière générale, de provoquer la mort d'un individu, fût-ce à sa demande, sans être pénalisé.

211. En France, l'article 221-1 du Code pénal dispose que « *le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre [qui] est puni de trente ans de réclusion criminelle* » et ne prévoit, ni réduction de peine, ni fait justificatif, lorsque le meurtre a été commis à la demande de la victime⁶⁵⁴. Par conséquent, il n'est pas possible d'aider *activement* une personne à mourir. L'article 221-4 du Code pénal énonce même que le meurtre commis « *sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur* » est puni de la réclusion à perpétuité. L'homicide d'une personne malade peut ainsi être considéré comme une circonstance aggravante. Le consentement de la victime ne constitue pas un *fait justificatif* à l'homicide ou une *cause objective* d'irresponsabilité pénale. Dès 1837, dans son arrêt relatif au duel, la Cour estime que, malgré le consentement de la victime au duel, la sanction prononcée à l'encontre de l'autre duelliste est justifiée : « *Aucune disposition de loi ne range ces circonstances au nombre de celles qui rendent excusables le meurtre, les blessures et les coups* »⁶⁵⁵. Par ailleurs, en 1851, elle déclare que « *la circonstance qu'une tentative de meurtre a été le résultat du désir manifesté par celui*

⁶⁵⁴ MASCALA C., « Consentement de la victime », *JCP Pénal*, Fasc. unique, 20 avril 2013 ; CC, chambre criminelle, 23 juin 1838, tome 1, p. 636, conclusions Dupin ; observations Puech, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas 1976, n° 83. Dans le même sens, CC, chambre criminelle, 17 juillet 1851, Bulletin criminel, 1851, n° 287 ; CC, chambre criminelle, 21 août 1851, Sirey 1852, 1, p. 286 ; DP, 1851, 5, p. 23.

⁶⁵⁵ CC, chambres réunies, 15 décembre 1837 : « *L'homicide commis en duel tombe sous l'application des dispositions de la loi pénale qui réprime l'homicide volontaire* ».

contre lequel cette tentative a eu lieu ne constitue pas une excuse »⁶⁵⁶. En 1973, la Cour d'appel de Toulouse rappelle que « la protection assurée aux personnes par la loi constitue une garantie publique ; que, dès lors, le consentement de la victime d'un homicide ne saurait légitimer cet acte ; qu'il ne peut résulter d'exception à ce principe, de la circonstance que l'auteur du fait consenti de meurtre a voulu, en même temps, attenter à sa propre vie... »⁶⁵⁷. De plus, même si en principe une personne ne peut pas être condamnée pour avoir donné à un malade les moyens de se donner la mort⁶⁵⁸, l'article R4127-38 CSP dispose que le médecin « n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort »⁶⁵⁹. Dès lors, il semble aujourd'hui encore difficile pour un médecin d'administrer lui-même une substance létale (qui ne soit pas un médicament à double effet ou un sédatif profond) à un patient dans le but d'abrégé sa vie.

212. En Allemagne, le Code pénal sanctionne également les atteintes à la vie provoquées délibérément⁶⁶⁰. L'homicide à la demande fait certes l'objet en Allemagne d'un traitement de faveur⁶⁶¹ - le §216 du Code pénal disposant que « si quelqu'un a tué en raison de la demande explicite et sérieuse de la victime alors la peine de réclusion est de 6 mois à 5 ans »⁶⁶² contre cinq ans minimum en matière d'homicide - mais il n'est pas pleinement dépenalisé. Certains auteurs voient toutefois dans ce traitement de faveur la preuve que les individus peuvent, dans une certaine mesure, disposer de leur vie⁶⁶³. Le droit à la libre disposition est, selon eux, la raison pour laquelle l'atteinte à la vie réalisée à la demande d'un tiers est moins sévèrement sanctionnée que celle réalisée sans le consentement de la victime. Toutefois, la pénalisation de l'homicide à la demande - fût-elle moindre que celle de l'homicide non spécifique - montre également que l'individu ne peut pas disposer de sa vie au point d'exiger l'intervention d'une tierce personne dans la réalisation de l'acte. En effet, si tel était le cas, la tierce personne ne pourrait pas être sanctionnée dès lors que la demande serait jugée libre, explicite et sérieuse ; or tel n'est précisément pas l'état du droit positif. Dans un arrêt du 7 février 2001 relatif à l'encadrement de la fin de vie, la Cour fédérale de justice énonce au contraire qu'il

⁶⁵⁶ CC, chambre criminelle, 21 août 1851.

⁶⁵⁷ CA Toulouse, chambre d'accusation, 9 août 1973, JCP G, 1974, IV, p. 292.

⁶⁵⁸ TGI Paris, 23 janvier 1985, Dalloz, 1985, p. 41.

⁶⁵⁹ Voir aussi l'article 38 du Code de déontologie médicale.

⁶⁶⁰ §211 et suivants StGB.

⁶⁶¹ « Privilegierung ».

⁶⁶² Voir notamment, PIN X., « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », RSC, 2003, p. 259.

⁶⁶³ Voir notamment, JAKOBS. G., *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*. Bayerische Akademie der Wissenschaften, München 1998 ; MÜLLER. A.W., *Tötung auf Verlangen - Wohltat oder Untat?* Kohlhammer-Verlag, Stuttgart 1997 ; TENTHOFF C., *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips*, op. cit., 2008.

« faut également prendre en compte l'existence de l'article 216 du Code pénal qui prévoit seulement une réduction de la peine en cas d'homicide consenti [et que] cela montre que l'ordre juridique entend réprouber la participation d'un individu à la mort d'un autre », et ce car « la vie humaine est située dans l'ordre de valeur de la Loi fondamentale, sans que cela ne puisse être relativisé, au sommet des biens juridiques à protéger [et] cette primauté de principe de la vie ne doit pas être perdue de vue lorsqu'il faut, comme en l'espèce, la concilier avec l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale dont découle le droit de chacun à une mort dans de dignes circonstances »⁶⁶⁴.

213. Selon la Cour, le §216 du Code pénal ne consacre pas de droit à la disposition de sa vie.

214. Par ailleurs, dans une autre décision de 2010 sur la fin de vie, la Cour fédérale de justice déclare que *« toutes les atteintes ciblées à la vie d'un individu, qui ne sont pas liées à la cessation d'un traitement médical ne sauraient faire du consentement un fait justificatif »*⁶⁶⁵. Dix Codes de déontologie sur seize interdisent expressément aux médecins l'aide active au suicide⁶⁶⁶, déclarant tous dans une formulation similaire que *« le médecin doit accompagner la personne en fin de vie dans le respect de sa dignité et de son autonomie. Il lui est interdit de tuer le patient à sa demande. Il n'a pas le droit de l'aider à se suicider »*⁶⁶⁷. Il en va de même de la Chambre fédérale des médecins qui énonce expressément dans sa recommandation de 2011 sur la fin de vie que *« tuer un patient est interdit, même si c'est à sa demande »* et que *« l'aide au suicide ne fait pas partie des missions du médecin »*⁶⁶⁸.

215. Ainsi, même si l'évolution de l'encadrement juridique de la fin de vie entend redonner au consentement du patient sa pleine force contraignante, il ne s'agit pas pour autant d'un encadrement qui entend accorder aux individus un droit à exiger d'être tué ou aidé à mourir, qui lui permettrait d'exiger du médecin un geste positivement et directement létal. En ce sens, il faut noter que la CEDH n'a, elle non plus, jamais considéré qu'il découlait de l'article 8 de la Convention un droit à voir sa vie abrégée par un tiers.

b. Au niveau européen

216. Malgré la proclamation d'un *« droit à décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin »*⁶⁶⁹, la CEDH ne va pas jusqu'à consacrer un droit à exiger d'être tué. En effet, dans un arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* de 2002, relatif à la demande d'une femme souffrant, à un stade avancé, de

⁶⁶⁴ BGH, 7 février 2001, 5 StR 474/00.

⁶⁶⁵ BGH, 25 juin 2010, 2 StR 454/09.

⁶⁶⁶ Seuls les codes déontologiques des Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Westfalen-Lippe n'interdisent pas expressément l'aide au suicide médicalisée. Les 10 autres précisent que le « Beihilfe zur Selbsttötung » est interdit. Nombreuses sont les voix à exiger une harmonisation. Voir notamment « Sterbehilfe in Deutschland - Siebzehn Wege zu sterben », *Taz*, 20 février 2014. Toutefois, le tribunal administratif de Berlin a jugé en 2012 que cette interdiction statutaire était contraire à l'article 12 de la LF relative à la liberté professionnelle dont découle la liberté de conscience du médecin. Le cadre juridique n'était donc pas clair.

⁶⁶⁷ §16 sur le soutien aux personnes en fin de vie (« Beistand für den Sterbenden ») - Berufsordnung der Hamburger Ärzte und Ärztinnen du 27 mars 2000 (dans la version du 02 décembre 2013, entrée en vigueur le mars 2014).

⁶⁶⁸ BÄK, *Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung*, op. cit., p. A346.

⁶⁶⁹ CEDH, *Haas contre Suisse*, 20 janvier 2011, n° 3132207, §60.

sclérose latérale amyotrophique qui souhaitait que son mari l'aide à mettre fin à ses jours sans encourir de sanctions pénales, la Cour déclare que « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie »⁶⁷⁰. Dans cette décision, la Cour rappelle que l'article 2 consacre « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »⁶⁷¹, qu'il s'agit d'une « valeur sacrée »⁶⁷². Puis, elle ajoute que l'article 2

« consacre d'abord et avant tout une prohibition du recours à la force ou de tout autre comportement susceptible de provoquer le décès d'un être humain, et il ne confère nullement à l'individu un droit à exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès »⁶⁷³. Ainsi, même si « la Cour ne peut qu'éprouver de la sympathie pour la crainte de la requérante de devoir affronter une mort pénible si on ne lui donne pas la possibilité de mettre fin à ses jours [et qu'] elle a conscience que l'intéressée se trouve dans l'incapacité de se suicider elle-même en raison de son handicap physique et que l'état du droit est tel que son mari risque d'être poursuivi s'il lui prête son assistance »⁶⁷⁴, elle considère « toutefois [qu'] exiger de l'État qu'il accueille la demande, c'est l'obliger à cautionner des actes visant à interrompre la vie »⁶⁷⁵.

217. Dans cette décision, la Cour considère que la législation anglaise n'est pas contraire à la Convention⁶⁷⁶. Cette décision, ajoutée à la référence à la valeur de la vie qui précède au constat de non-violation, montre que la Cour ne fait pas découler de la Convention un droit à la libre disposition de sa vie. Au contraire, une appréhension axiologique de la vie entre en contradiction avec cette idée⁶⁷⁷.

218. Depuis 2002, la Cour a toutefois rendu d'autres arrêts sur la question de la fin de la vie⁶⁷⁸. Ces arrêts mettent certes en lumière la montée en puissance d'un paradigme « autonomiste » mais ne peuvent pour autant pas être lus comme consacrant clairement un *droit* à être aidé à mourir.

219. En premier lieu, dans l'arrêt *Haas contre Suisse* de 2011⁶⁷⁹, la question est celle de savoir si l'État se doit de faciliter, eu égard à l'article 8 de la CESDH sur le respect de la vie privée,

⁶⁷⁰ CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 234602, §39. Voir sur ce point, PEDROT P., « Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité ? », *RDSS*, 2002, p. 475.

⁶⁷¹ CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 234602, §49.

⁶⁷² *Ibid.*, §65.

⁶⁷³ *Ibid.*, §54.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ *Ibid.*,

⁶⁷⁶ CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002 ; note Le Baut-Ferrarèse, *AJDA*, 2003, p. 1383 ; note Pedrot, *RDSS*, 2002, p.475 ; note Massias, *RSC*, 2002, p. 645 ; observations Hauser, *RTD civ.*, 2002, p. 482. Sur cet arrêt, voir DE SCHUTTER O., « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003/53, p. 71 ; LE BAUT-FERRARÈSE B., « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soin » *AJDA*, 2003, p. 1383.

⁶⁷⁷ « Le droit à mourir ne relève pas de la Conv. EDH », *Dalloz*, 2002. 1596 ; MASSIAS F., « Arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *RSC*, 2002, p. 645.

⁶⁷⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁶⁷⁹ CEDH, *Haas contre Suisse*, 20 janvier 2011, n° 3132207, §51 ; observations Martinent, Reynier, Violla, *Dalloz*, 2011, p. 925 ; observations Galloux, Gaumont-Prat, *Dalloz*, 2012, p. 308. Voir aussi, MARGUÉNAUD J.P., « Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore », *RTD civ.*, 2011, p. 311. Voir aussi, HERVIEU N., « Les prudentes audaces de la jurisprudence européenne face à l'assistance au suicide » *Revue des droits de l'homme*, ADL, 23 juillet 2012.

l'obtention d'une substance létale par une personne atteinte d'un grave trouble affectif bipolaire afin qu'elle puisse mourir sans risque d'échec et sans douleur. Sur cette question, la Cour considère qu'« eu égard à la marge d'appréciation dont disposent dans ce domaine les autorités internes, la Cour estime que, même à supposer que les États aient une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'ont pas méconnu cette obligation en l'espèce ». Ainsi, même si la Cour mentionne dans cet arrêt « le droit du requérant de choisir le moment de sa mort et la manière de mourir »⁶⁸⁰, elle accorde aux États une grande marge d'appréciation. De plus, la Cour n'affirme pas clairement l'existence « d'obligations positives d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité » comme le montre l'expression « même à supposer que ». Elle ne consacre ainsi pas de droit individuel à la mort en toutes circonstances⁶⁸¹.

220. En deuxième lieu, dans l'arrêt *Koch contre Allemagne* de 2012, une femme qui souffrait d'une tétraplégie complète avait demandé à l'institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux suisse l'obtention d'une dose létale qui lui aurait permis de mettre fin à ses jours. Sa demande, et les recours qui s'en suivent, sont refusés. La Cour européenne prononce ici un constat de violation de l'article 8 CESDH, considérant que « le refus des juridictions internes d'examiner au fond la demande de la requérante [relative à la contestation du refus de délivrance d'une dose létale de médicament] a emporté violation du droit de celle-ci au respect de sa vie privée au regard de l'article 8 de la Convention »⁶⁸². En l'espèce, c'est le refus des juridictions d'examiner la demande de la requérante qui est sanctionné par la Cour. La Cour ne se prononce pas sur la question substantielle de savoir si l'État doit, sur le fondement de l'article 8, aider les individus à se *faire mourir*⁶⁸³. Même si la Cour considère la question comme assez légitime pour devoir être examinée par le juge allemand⁶⁸⁴, elle ne consacre pas pour autant un droit à exiger de mourir.

221. En troisième lieu, dans l'affaire *Gross contre Suisse* de 2014, la requérante se plaint de ne pas avoir obtenu des autorités suisses, en l'absence de pathologie incurable, l'autorisation de se procurer une dose létale de médicaments afin de se suicider en raison du déclin progressif de ses facultés physiques et psychologiques. Dans un arrêt de chambre, la Cour condamne la Suisse pour

⁶⁸⁰ CEDH, *Haas contre Suisse*, 20 janvier 2011, n° 3132207, §60. Voir aussi, §51 : « Le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention ». Pour certains auteurs, cette déclaration signifie « la proclamation d'un véritable droit conventionnel au suicide strictement subordonné à l'existence d'une véritable autonomie personnelle ». En ce sens, MARGUÉNAUD J.P., « Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore », *RTD civ.*, 2011, p. 311.

⁶⁸¹ Pour un propos plus nuancé : MARGUÉNAUD J.P., « Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore », *RTD civ.*, 2011, p. 311.

⁶⁸² CEDH, *Koch contre Allemagne*, 19 juillet 2012, n° 49709, §65.

⁶⁸³ Pour une position plus nuancée : BACHELET O., « Droit de mourir dignement : les « petits pas » de la Cour de Strasbourg », *Dalloz actualité*, 4 septembre 2012.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

ne pas avoir *clairement* encadré cette question⁶⁸⁵. Cependant, outre le fait qu'il ne s'agit pas ici d'un arrêt de grande chambre, ce n'est pas sur les obligations positives de l'État que se prononce la Cour. Elle précise même ne souhaiter « *en aucun cas prendre position sur le contenu que devraient avoir ces directives* »⁶⁸⁶. La Cour sanctionne seulement la Suisse pour le manque de clarté de sa législation relative à la fin de vie⁶⁸⁷. Si cette décision continue l'évolution « *à petits pas* »⁶⁸⁸ de la Cour sur la question de la fin de vie, elle n'équivaut pas à la consécration d'un droit à la mort.

222. En quatrième lieu, un tel droit ne peut davantage se déduire de l'arrêt *Lambert contre France* de 2014. En l'espèce, les requérants dénonçaient la décision d'arrêt de traitement de Vincent LAMBERT. Ils considéraient que cet arrêt est contraire à l'article 2 CESDH. Mais la Cour, on l'a vu, ne considère pas que la France ait violé ses obligations car elle estime que cette procédure est entourée d'un nombre suffisant de garanties⁶⁸⁹. En raison de la marge d'appréciation qu'elle accorde aux États sur cette question, la Cour procède ainsi à un contrôle peu approfondi du contenu du dispositif en cause. La Cour se contente, en effet, d'examiner si le Conseil d'État a correctement vérifié la bonne application des conditions prévues par la loi mais elle ne se prononce pas sur la conventionnalité du dispositif (relatif à l'arrêt de traitement pour obstination déraisonnable). Par conséquent, il semble difficile de déduire de sa jurisprudence la consécration d'un droit à exiger de mourir. De manière générale, la question de la fin de vie est en effet davantage abordée sous l'angle de la *procéduralisation* : le contrôle ne porte souvent pas tant sur la substance des droits que sur les procédures elles-mêmes. Il en ressort, qu'à l'instar des droits français et allemand, la Cour ne fait pas découler du droit à l'autodétermination une *privatisation* absolue de la fin de vie.

⁶⁸⁵ CEDH, *Gross contre Suisse*, 14 mai 2013, n° 6781010, §69 : « *La cour estime qu'il incombe principalement aux autorités internes d'émettre des orientations complètes et claires sur la question de savoir si et dans quelles circonstances une personne dans la situation de la requérante (c'est-à-dire quelqu'un qui ne souffre pas d'une maladie en phase terminale) devrait pouvoir se voir octroyer le droit d'acquérir une dose létale de médicaments lui permettant de mettre fin à ses jours. En conséquence, la Cour décide de se limiter à conclure que l'absence de directives juridiques claires et complètes a emporté violation du droit de la requérante au respect de sa vie privée au regard de l'article 8 de la Convention* ».

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ CEDH, *Gross contre Suisse*, 14 mai 2013, n° 6781010, §59 ; observations Puppink, *Dalloz*, 2013, p. 1277 ; observations Dionisi-Peyrusse, *AJ famille*, 2013, p. 329 ; GONZALEZ G., « Quand vous serez bien vieille... : suicide assisté sans raison médicale », *JCP* 2013, p. 650.

⁶⁸⁸ BACHELET O., « Droit de mourir dignement : les « petits pas » de la Cour de Strasbourg », *Dalloz actualité*, 4 septembre 2012.

⁶⁸⁹ CEDH, *Lambert contre France*, 5 juin 2015, n° 4604314, §168 : « *La Cour relève l'absence de consensus en la matière et considère que l'organisation du processus décisionnel, y compris la désignation de la personne qui prend la décision finale d'arrêt des traitements et les modalités de la prise de décision, s'inscrivent dans la marge d'appréciation de l'État. Elle constate que la procédure a été menée en l'espèce de façon longue et méticuleuse, en allant au-delà des conditions posées par la loi, et estime que, même si les requérants sont en désaccord avec son aboutissement, cette procédure a respecté les exigences découlant de l'article 2 de la Convention* ».

Conclusion du chapitre 1

223. Malgré la mise en œuvre d'un processus de *privatisation de la mort*, la mort n'est toujours pas appréhendée par le droit comme un phénomène purement privé car le *faire vivre* suppose également que l'État limite la possibilité pour les individus de disposer pleinement de leur vie, celle-ci étant conçue comme une *valeur* que le droit peut parfois protéger contre la volonté apparente de l'individu. L'importance accordée à la vie est ainsi telle que les individus ne sauraient en avoir la pleine disposition, et ce, même si depuis le milieu du 20^{ème} siècle, la vie n'est plus seulement appréhendée comme un simple élément biologique au service du *maintien de la population* mais comme un droit *individuel* et une *valeur* que l'État doit protéger. La protection de la vie peut même, dans certains cas, aller jusqu'à limiter les libertés individuelles, que ce soit en raison d'une conception encore partiellement collective de la vie, comme l'illustre l'obligation vaccinale en France ou d'une conception axiologique de celle-ci, comme l'illustrent les limites de la privatisation du suicide en Allemagne (où le discours incantatoire sur la valeur de la vie est particulièrement prégnant). Même si le *laisser mourir* augmente, le pouvoir de l'État sur la vie, lui, ne disparaît pas. Ce n'est plus *via* la gestion de la mort que le pouvoir politique se déploie - le *faire mourir* disparaît d'ailleurs - mais sur la vie elle-même. Les modalités d'exercice du pouvoir sur la vie se transforment, au *faire mourir* se substitue le *faire vivre*. L'exercice d'un biopouvoir qui tend à s'exercer positivement sur la vie pour la gérer, la majorer et la multiplier, - en somme, pour la protéger se transforme également. La vie n'est plus seulement un *objet* sur lequel s'exerce ce pouvoir mais également une *valeur* qu'il doit désormais protéger *en tant que telle*. Toutes les vies humaines doivent être protégées par les ordres juridiques français et allemand qui ne peuvent en principe plus distinguer entre différentes formes de vies. C'est *zoe*, la vie nue, que l'État protégerait désormais.

224. Il convient toutefois de s'interroger sur la véracité juridique d'une telle affirmation. En effet, jusqu'alors, ce n'est que de la protection de la vie *postnatale* dont il a été en réalité question. Mais si l'État protège *zoe*, la *vie nue*, cela signifie qu'il protège en principe *toutes les formes de vie*, y compris, partant, la vie anténatale. Or, lorsqu'on s'intéresse aux protections que le droit accorde à la vie *anténatale*, il est précisément possible d'observer un décalage entre la puissance du discours axiologique portée sur la vie et la manière dont celle-ci est effectivement protégée par le droit : l'État ne la protège pas de la même manière que les autres formes de vies postnatales.

225. En France et en Allemagne, ce n'est pas *zoe* qui est protégée par l'État, dès lors que, même si en principe la prérogative première du biopouvoir est désormais de *faire vivre*, celui-ci n'entend pas *faire vivre* toutes les formes de vie de la même manière⁶⁹⁰. Bien que la vie soit présentée comme une *valeur fondamentale* de l'ordre juridique et sa protection comme devant être linéaire et continue, ce n'est pas la vie *en tant que telle* que le droit entend protéger. En effet, si tel était le cas, ce dernier protégerait de la même façon *toutes les formes* de vie humaine, y compris celles qui ne sont que *pures vies biologiques*, à l'instar, par exemple, de la vie végétative, des cellules embryonnaires ou de la vie anténatale, qu'elle soit *in vitro* ou *in utero*. Or, si l'on s'intéresse à la cohérence interne du droit positif, il ressort précisément de l'analyse que celui-ci ne protège pas de manière similaire ces différentes formes de vie. Le droit appréhende la vie davantage comme un *objet* sur lequel s'exerce le pouvoir politique que comme une *valeur* immuable dont le respect s'imposerait à lui. Preuve en est, la vie anténatale n'est pas autant protégée que la vie postnatale. S'il existe bien en France et en Allemagne un *principe* général de protection de la vie humaine, les *règles* qui encadrent et réglementent concrètement le statut de la vie anténatale procèdent à une catégorisation entre ses différentes formes. Il existe une discordance entre l'affirmation de la *valeur* absolue de la vie *en tant que telle* et la manière dont les ordres juridiques français et allemand la protègent effectivement. Même si le discours doctrinal tend à présenter la protection de la vie comme linéaire, continue, voire absolue, il est permis de douter qu'un tel discours reflète réellement la substance du droit positif. Même en Allemagne, où le discours juridique sur la vie est particulièrement porté par une rhétorique axiologique, il est possible d'observer que, comme en France, le droit ne protège pas toutes les formes de vie de la même manière. Le droit n'accorde parfois à la vie qu'une protection affaiblie ou incidente. Le droit lui refuse aussi parfois toute forme de protection. L'analyse de la catégorisation juridique de la vie permet notamment de montrer que la vie anténatale *in utero* (**section 1**) et celle *in vitro* (**section 2**) ne sont pas toujours protégées de manière uniforme par le droit.

Section 1. La variabilité de la protection accordée à la vie nue *in utero*

Section 2. La variabilité de la protection accordée à la vie nue *in vitro*

⁶⁹⁰ Si l'on admet que la finalité du *faire vivre* n'est pas tant le maintien *quantitatif* de la population mais principalement son maintien *qualitatif* alors la réalisation du *faire vivre* ne suppose pas nécessairement le respect absolu de toutes les formes de vie ; seulement de celles qui permettent la production de la *vie bonne*.

Section 1. La protection juridique de la vie nue *in utero* : une protection variable

226. Si *zoe* - la seule vie biologique - était protégée *en tant que telle* par le droit, cela signifierait que le droit accorderait à toutes les formes de vie, anténatale comme postnatale, une protection juridique continue, égale et linéaire. Tel n'est toutefois pas le cas puisque les ordres juridiques distinguent la personne juridique - que l'on définira ici comme l'être conçu qui est né et doté d'une personnalité juridique⁶⁹¹ - de la personne humaine - que l'on définira ici comme l'être conçu qui est né mais qui n'est pas forcément doté de la personnalité juridique⁶⁹² - et de l'être humain - que l'on définira ici l'être conçu qui n'est pas encore né et qui n'est donc *a priori* que seule vie biologique⁶⁹³. Le droit procède à cette catégorisation tant en droit civil (**sous-section 1**) qu'en droit pénal (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Le statut variable de la vie en droit civil

227. Le droit civil, en France et en Allemagne, ne conçoit pas la vie comme un processus continu et linéaire qu'il faut protéger de la conception à la mort. Preuve en est, le droit civil n'a aucune considération pour la vie *in utero* proprement dite⁶⁹⁴. Ce n'est, en effet, qu'à partir du moment où l'être conçu quitte l'utérus de la femme enceinte que la question de son statut civil se pose. Or, force est d'observer que tous les êtres conçus n'obtiennent pas le statut de personne juridique. De cette distinction entre les catégories (I) découle une distinction entre les protections (II) qui montre que ce n'est pas la seule vie biologique que le droit entend protéger.

I. L'être humain et la personne juridique : des catégories distinctes en droit civil

228. Le discours juridique porté sur la protection de la vie tend majoritairement à la présenter comme transcendante, s'imposant, de par sa *valeur* supérieure, aux ordres juridiques qui n'auraient d'autres choix que de la respecter de façon continue. En d'autres termes, la protection accordée à la vie serait linéaire, car il existerait un statut unique de l'être humain - de la conception à la mort - en droit civil (A). Cependant, une étude approfondie des règles posées par le droit civil positif révèle

⁶⁹¹ CARBONNIER J., *Droit civil, Les personnes*, tome 1, 21^{ème} édition, Paris, PUF, 2000, p. 367 et suivantes. Notons toutefois que toutes les personnes ne sont pas des êtres humains puisque certains groupements, tels que les sociétés ou les associations peuvent disposer de la personnalité juridique en tant que personne morale. À l'inverse, jusqu'à loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile, tous les êtres humains déjà nés n'étaient pas forcément des personnes juridiques.

⁶⁹² Jusqu'à son abolition, les personnes soumises à l'esclavage rentraient ainsi dans cette catégorie. Depuis son abolition entre dans cette catégorie les êtres nés pour lesquels les conditions d'attribution de la personnalité juridique ne sont pas remplies. Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁶⁹³ Voir en ce sens l'article 16 du Code civil qui énonce que « 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 », distinguant ainsi entre la personne et l'être humain.

⁶⁹⁴ À l'exception, peut-être du droit des successions qui prend indirectement en compte l'être conçu - cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

que celui-ci n'appréhende pas toutes les formes de vie biologique de la même manière puisqu'il fixe des critères pour distinguer les vies auxquelles il accorde la personnalité juridique des autres (B).

A. L'affirmation d'un statut unique de la vie

229. Le discours juridique suggère que la vie serait appréhendée de manière uniforme par le droit qui lui reconnaîtrait un statut civil invariable. Cette suggestion est fortement relayée par une partie de la doctrine civiliste (2) qui s'appuie, à ces fins, sur quelques ambiguïtés du droit positif (1).

1. Les ambivalences du droit positif civil

230. En droit civil, certaines formulations sous-entendent que c'est effectivement *zoe* que le droit reconnaît. Pour commencer, en France, l'article 16 du Code civil dispose que « *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* ». La formulation de cette disposition semble ainsi laisser à penser que la vie est protégée par le droit dès sa conception⁶⁹⁵, qu'il existe un statut uniforme de la vie.

231. De plus, quelques dispositions du droit des successions entretiennent également une confusion sur le statut de la vie anténatale⁶⁹⁶. Ainsi l'article 906 du Code civil dispose que « *pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation* »⁶⁹⁷. De manière similaire, le §1923 du Code civil allemand dispose que « *l'être conçu est considéré comme étant né pour la succession* », et le §1912 du même code énonce que « *l'être conçu obtient un tuteur pour garantir ses droits futurs dès lors qu'ils ont besoin d'être protégés* »⁶⁹⁸. Par ailleurs, la Cour de cassation se réfère parfois à l'adage *infans conceptus*

⁶⁹⁵ Beaucoup d'auteurs semblent assimiler, sur le mode de l'évidence, le commencement à la conception. Voir, cependant, JOLY S., « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain, à propos de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 29 juin 2001 », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2001, chronique 22, §17 et suivants.

⁶⁹⁶ Voir en particulier pour la France les articles 725 et 906 du Code civil. Pour l'Allemagne, voir le §844 BGB qui énonce que le fœtus peut se voir indemnisé par le responsable de la mort d'un de ses parents en obtenant de lui, à sa naissance, une pension alimentaire. Cela vaut également lorsque l'enfant n'est pas encore né mais déjà conçu (BGH, 20 décembre 1955 - BGHSt 8, 243 ; BVerfG, 22 juillet 1977 - BVerfGE 45, 376). Voir également le §1923 BGB qui énonce que l'enfant conçu est considéré comme étant né pour la succession ; le §1777 BGB qui énonce que le père peut nommer un tuteur pour l'enfant qui naîtra après sa mort ou le §1912 BGB qui énonce qu'en matière de succession, le fœtus peut obtenir pour la préservation de ses intérêts futurs un tuteur.

⁶⁹⁷ Article 906 du Code civil. Voir aussi, l'article 725 du Code civil qui dispose que « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ».

⁶⁹⁸ Cette disposition est souvent prise en exemple dans le débat relatif au statut de l'embryon. Voir notamment, BIENWALD B., « Zur Beteiligung des Mannes bei der Entscheidung über den straffreien Schwangerschaftsabbruch seiner Ehefrau », *FamRZ*, 1985, p. 1096 ; BOSCH E., JANSEN D., NIEMEYER F., TUROWSKI M., « Vorgeburtliche Einwilligung in die Adoption - Ein Diskussionsvorschlag », *FamRZ*, 1972, p. 356 ; BÜDENBENDER U., *Der vorläufige Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung und einstweilige Anordnung im Nichtehelichenrecht*, 1975 ; DEUTSCH A., « Haftung des Arztes wegen Nichterkennung der Gefahr einer Schädigung des noch ungeborenen Kindes », *JZ* 1983, p. 451 ; DEUTSCH, A. « Renaissance der Leibesfrucht ? », *DriZ*, 1984, p. 276 ; FABRICIUS F., « Gedanken zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betr. den Nasciturus », *FamRZ*, 1963, p. 403 ;

HÄHNCHEN S., « Der werdende Mensch. Die Stellung des Nasciturus im Recht », *Jura*, 2008, p. 161 ; GÖPPINGER H., « Einige Fragen zur einstweiligen Verfügung gemäß §1615o BGB, insbesondere die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts,

qui énonce que « *l'enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage* »⁶⁹⁹. En outre, la perte de l'enfant conçu avant sa naissance est considérée par le juge français et allemand comme un préjudice indemnisable⁷⁰⁰. Il considère ainsi qu'il *existe* bien « quelque chose » dont la disparition constitue un dommage et mérite réparation.

232. Ces différents éléments entretiennent la confusion quant à l'unicité du statut juridique de l'être conçu⁷⁰¹ ; confusion renforcée par un discours doctrinal qui tend lui aussi à les interpréter comme consacrant un tel statut.

der Instanzenzug und die Anwendung des §926 ZPO », *FamRZ*, 1975, p. 196 ; MITTENZWEI I., « Die Rechtsstellung des Vaters zum ungeborenen Kind », *AcP*, 187, 1987, p. 247 ; PAEHLER H.H., « Hat die Leibesfrucht Schadensersatzansprüche ? », *FamRZ*, 1972, p. 189 ; REISERER K., « Schwangerschaftsabbruch durch Minderjährige im vereinten Deutschland », *FamRZ*, 1991, p. 1136 ; SEIDEL M., *Zivilrechtliche Mittel gegen Schwangerschaftsabbrüche ?*, 1994 ; STÜRNER R., *Der Schutz des ungeborenen Kindes im Zivilrecht*, 1986 ; Waldstein, « Zur Rechtsstellung ungeborener Kinder », *FS Eckert*, 1976, p. 477 ; WIEBE K., « Fallstudie zu zivilrechtlichen Möglichkeiten der Verhinderung eines Schwangerschaftsabbruchs », *Zeitschrift für Lebensrecht* 2000, p. 12 ; ZIERL G., « Pränatale Adoption - Ein gangbarer Weg zur Verhinderung von Schwangerschaftsabbrüchen ? », *DRiZ* 1984, p. 108.

⁶⁹⁹ Notamment, CC, 1^{ère} chambre civile, 10 décembre 1985, n° 84-14328. Certains auteurs voient également la mise en œuvre de cet adage dans l'arrêt CC, 2^{ème} chambre civile, 14 décembre 2017, n° 16-26687. Voir sur ce point, MAZEAUD D., « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », *RTDciv.*, 2018, p. 72.

⁷⁰⁰ Voir par exemple, pour la France, CA Agen, 12 avril 2010, n° 0900619 ; pour l'Allemagne, BGH, 16 novembre 1993 - BGHSt 124, 128.

⁷⁰¹ Sur cet adage, voir notamment THERY P., « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *Dalloz*, 1982, chronique, p. 231 ; SERIAUX A., « *Infans conceptus...* Remarques sur un univers juridique en mutation », in NEIRINCK C., SERIAUX A., LABRUSSE-RIOU C., *Le droit, la médecine et l'être humain propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du 21^{ème} siècle*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 53. Voir également FENOUILLET D., *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996 ; HERZOG-EVANS M., « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTDciv.*, 2000, p. 65 ; MÉMETEAU G., « L'embryon législatif », *Dalloz*, 1994, p. 455.

2. L'interprétation doctrinale de ces ambivalences

233. Dire que le statut juridique de l'enfant à naître intéresse la doctrine civiliste serait euphémique, tant en France⁷⁰² qu'en Allemagne⁷⁰³. Il existe en effet un très grand nombre d'articles qui tentent de déterminer le statut de l'être conçu⁷⁰⁴. Il ne s'agit nullement ici de retranscrire dans le détail ce riche débat. Il importe seulement de souligner qu'en son sein, une position tend à défendre un statut unique de la vie humaine, invariable de sa conception à sa mort, et l'idée selon laquelle le droit civil reconnaîtrait l'existence juridique à la vie nue.

234. En effet, comme le souligne Xavier BIOY, si tous ces auteurs s'entendent aujourd'hui, sur le fait que l'être conçu est un être humain⁷⁰⁵, tous n'attachent pas à ce qualificatif les mêmes conséquences. Un certain nombre d'auteurs spécialisés en droit civil considèrent en France et en

⁷⁰² Voir notamment, MURAT P., « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *JCP*, septembre 1997, chronique 4 ; MAZEAUD H., MAZEAUD L., *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 1997, n° 440 ; TERRE F., FENOUILLET D., *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, op. cit., p. 9 ; MAYAUX L., *Droit civil, les personnes*, Paris, Ellipses, 1997, p. 15 ; GOUBEAUX G., *Droit civil*, tome 1, Paris, LGDJ, 1997, p. 43. THERY « La condition juridique de l'embryon et du fœtus » op. cit. ; PEDROT P., « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP*, 1991, I, p. 3483 ; VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », *LPA*, 14 décembre 1994, p. 62 ; BYK C., « L'embryon jurisprudentiel », *Gazette du Palais*, 24 et 25 octobre 1997, p. 46 ; TERRE F., *L'enfant de l'esclave : génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987 ; BRAIBANT G., *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, étude du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 1988 ; RAYNAYD P., « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *Dalloz*, 1988, chronique, p. 109 ; ANDORNO R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Thèse de droit privé, Paris XII, LGDJ, 1996 ; MIRKOVIC A., *La personne humaine : étude visant à clarifier la situation en droit de l'enfant à naître*, Thèse de droit privé, Presse Universitaire d'Aix-en-provence, 2003 ; BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de droit public, Dalloz 2003 ; LABBÉE X., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse Lille, Presses universitaires de Lille 1990 ; PHILIPPOT A., *L'être humain au commencement de sa vie*, Thèse Paris I, 2012.

⁷⁰³ Voir notamment, HÄHNCHEN S., « Der werdende Mensch - Die Stellung des nasciturus im Recht », *Jura*, 2008, p. 161 ; PETERSEN J., « Die Rechtsfähigkeit des Menschen », *Jura*, 2009, p. 669 ; LORENZ S., « Rechts- und Geschäftsfähigkeit », *JuS*, 2010, p. 11 ; ROLLER M., *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, Thèse, Augsburg, 2013 ; HOFMANN H., *Das Lebensrecht des Nasciturus - zivilrechtliche Aspekte der Abtreibung*, Thèse, Bonn, 1992 ; NEUER F. K., *Der Menschen zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt*, Thèse, Köln, 1961 ; AVENARIUS M., « Zur Rechtsstellung des nomdum conceptu », *JR*, 1994, p. 267 ; BECKER W., « Zur Problematik des Lebensbeginns », *FamRZ*, 1968, p. 409 ; BERNARD A., *Der Schwangerschaftsabbruch aus zivilrechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des nasciturus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995 ; DREIER H., « Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes », *ZRP*, 2002, p. 377 ; ENGELHARDT H., « Das Lebensrecht des Nasciturus und das Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung », *FamRZ*, 1958, p. 266 ; FABRICIUS F., « Gedanken zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den Nasciturus », *FamRZ*, 1964, p. 403. FABRICIUS F., « Relativität der Rechtsfähigkeit - Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts », *Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln*, Bd 14, München/Berlin, 1963 ; FINK U., « Der Schutz des menschlichen Lebens im Grundgesetz - zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Lebensrecht zur Menschenwürdegarantie », *Jura*, 2000, p. 210 ; GEILEN G., « Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts », *FamRZ*, 1968, p. 121 ; WOLF E., NAUJOKS H., « Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, Frankfurter », *Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe*, Bd. 11, Frankfurt am Main, 1955 ; HETTERICH H., *Mensch und Person - Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit. Eine rechtshistorisch-kritische Untersuchung zu §1 BGB*, Duncker & Humblot, Berlin, Thèse, 2016 ; MAHR J.T., *Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, Berne, Peter Lang, 2007 ; SAERBECK K., *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe*, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft 19, 1974.

⁷⁰⁴ Pour des résumés de ce débat, voir notamment BINET J.R., « Protection de la personne. Principes », *JCP*, Fascicule 10, Article 16, actualisation 2015 ; JOLY S., « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain, À propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », op. cit. Pour l'Allemagne, voir notamment, ROLLER M., *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, op. cit.

⁷⁰⁵ BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 177 : « Peu d'auteurs contestent encore que l'embryon soit juridiquement un être humain. Ceux qui refusent cette qualification se partagent entre ceux qui y voient (ou souhaitent y voir) d'emblée une personne (juridique ou humaine ou les deux) et ceux qui n'y voient rien d'autre qu'un produit biologique d'origine humaine ».

Allemagne prônent l'invariabilité du statut de la vie humaine, que l'être humain soit appréhendé comme une personne juridique, une « *personne humaine* »⁷⁰⁶, une « *personne potentielle* »⁷⁰⁷, un « *intérêt à protéger juridiquement* »⁷⁰⁸, une personne en puissance ou une « *personne en devenir* »⁷⁰⁹. Même s'ils admettent, pour la plupart, que l'être conçu n'a pas la personnalité juridique, ils considèrent malgré tout qu'il existe une forme d'unicité du statut de la vie humaine car la vie anténatale fait l'objet d'une reconnaissance juridique, d'une protection par le droit⁷¹⁰. En ce sens, il est possible de lire que

*« la notion de personne juridique ne conditionne pas le respect du droit à la vie, qui doit être appliqué à l'Homme. Le droit positif doit reconnaître l'Humanité au-delà de la stricte notion de personne juridique, laquelle est sans doute satisfaisante s'agissant de questions patrimoniales ou de filiation, mais ne l'est plus lorsqu'il faut respecter l'existence et la dignité de l'être humain »*⁷¹¹.

235. À propos de l'article 16, il est dit « *qu'en affirmant que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, le législateur [...] a entendu, avec une certaine cohérence, inclure l'enfant conçu dans le champ de la protection du droit [...]. De l'ensemble [des] textes, s'érige donc nettement un principe général de protection de l'enfant conçu, faisant écho aux dispositions de l'article 16 du Code civil dont il résulte que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »⁷¹², tandis que d'autres auteurs considèrent que

⁷⁰⁶ ATIAS C., *Les personnes, Les incapacités*, Paris, PUF, 1ère édition, 1985, n° 8.

⁷⁰⁷ MÉMETEAU G., « Vie biologique et personnalité juridique » in Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrième journées René Savatier, 1994, p. 30.

⁷⁰⁸ BRUMERG MOKRI M., « L'embryon humain aux prises avec le droit », *LPA*, 7 mars 2003, n° 48, p. 12.

⁷⁰⁹ VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », *LPA*, 14 décembre 1994. Voir aussi HERZOG-EVANS M., « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.*, p. 65 ; TAISNE J.J., « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes », *LPA*, 05 décembre 2002, n° 243, p. 25 : « *La vie ne se découpe pas en tranches* ». Voir pour l'Allemagne, le courant doctrinal minoritaire, qui considère que l'être conçu détient déjà la personnalité juridique, se revendiquant de la « théorie de la continuité ». Pour le *Kontinuitätsargument*, voir notamment WOLF E., NAUJOKS H., « Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen », *Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe*, Bd. 11, Frankfurt am Main, 1955, p. 144 ; CALDEMEYER R., *Die Rechtsstellung des Nasciturus*, Rostock 1902 ; WOLF E., NAUJOKS H., « Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen » *FamRZ*, 1957, p. 102. Voir aussi, BLECHSCHMIDT T., BLECHSCHMIDT E., *Wie Beginnt das Menschliche Leben : Vom Ei zum Embryo*, 8^{ème} édition, Stein am Rhein, Christina, 2008, p. 29. Sur cette question, en général, ROLLER M., *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, *op. cit.* ; LEIST A., *Eine Frage des Lebens. Ethik der Abtreibung und künstliche Befruchtung*, Frankfurt a.m., Campus Verlag, 1998, p. 50.

⁷¹⁰ MIRKOVIC A., *La personne humaine : étude visant à clarifier la situation en droit de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 177 ; RAYMOND G., « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gazette du Palais*, 1993, 1, p. 526 ; MURAT P., « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique - à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 », *Droit de la famille*, 1997, chronique 9, p. 6 ; CAYLA C., « La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques », *Revue de droit sanitaire et social*, 1980, p. 310. En Allemagne, indépendamment de la question du statut de l'être conçu, la doctrine se fonde sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande pour affirmer l'existence d'un droit à la vie dès la conception - ce qui tend indéniablement à soutenir l'idée selon laquelle il ferait l'objet d'une protection continue. Voir, de plus, KRIEGE M., « §218 StGB nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts », *ZRP*, 1975, p. 73 ; LEIST, *Eine Frage des Lebens. Ethik der Abtreibung und künstliche Befruchtung*, *op. cit.*, p. 50.

⁷¹¹ HERZOG-EVANS M., « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.*, p. 65.

⁷¹² BINET J.R., « L'être humain : une personne en débat », *op. cit.*, §74.

« le rapprochement des articles 902 et 906 montre que celui qui est conçu est une personne susceptible de recevoir entre vifs. C'est une personne vivante. Si en droit civil, l'homme n'est reconnu sujet de droits que s'il possède la personnalité juridique cette personnalité est le fruit au moins de la lecture du Code conférant des droits (en l'occurrence patrimoniaux) à l'enfant conçu »⁷¹³ ou que « Selon une opinion, semble-t-il dominante, la règle *Infans conceptus* serait une fiction de "rétroactivité" de la personnalité juridique acquise à la naissance : une règle au service de l'enfant né lui permettant d'acquérir des droits ouverts à son profit depuis la conception [...] Le statut de cet enfant n'en restait pas moins uniforme et cohérent : il était une personne juridique, au moins conditionnelle ou potentielle »⁷¹⁴.

On peut également lire que

« reconnaître en l'être humain, fût-il simplement conçu, une personne n'est pas seulement affaire de philosophes. Le droit a ici un rôle évident qui est de constater le donné naturel qui s'impose à lui pour en tirer les conséquences »⁷¹⁵, qu'« on ne dira jamais assez vigoureusement que la qualité d'être humain et le respect qui lui est dû n'ont rien à voir avec l'octroi de la personnalité juridique, ni même avec une inscription quelconque à l'état civil »⁷¹⁶ ou qu'« une évidence s'imposait tant au regard de la biologie que des traditions juridiques et morales les plus fermes : dès la conception un être humain existe [...] *l'adage infans conceptus pro nato habetur*, hérité du droit romain, élevé au rang des principes généraux du droit a toujours légitimé la protection de l'enfant conçu et a fait l'objet d'une large application dans notre droit »⁷¹⁷.

236. Ainsi, en ce qui concerne ici plus spécifiquement la France, « la loi française repose sur l'évidence de ce que l'enfant conçu est une personne protégée dans son existence et dans son corps [...] »⁷¹⁸. L'idée semble même avoir été « longtemps dominante »⁷¹⁹. Dans les deux pays, certains auteurs⁷²⁰ nuancent certes leur propos en parlant d'une personne juridique limitée ou sous condition résolutoire. En Allemagne - où la doctrine de la « personnalité juridique limitée »⁷²¹ est majoritaire -, certains auteurs insistent sur le seuil que constitue la naissance dans l'acquisition de la personnalité juridique, l'être conçu n'étant titulaire de droits que de manière rétroactive s'il vient au monde. Cependant, d'autres, plus nombreux, soulignent plus volontiers le caractère continu de la protection. Ils invisibilisent davantage le caractère rétroactif et conditionné - par la naissance - de l'acquisition des droits de

⁷¹³ MÉMÉTEAU G., « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD Civ.*, 1990, p. 611. Voir aussi, au soutien de l'idée d'une personnalité juridique déjà acquise, MURAT P., « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *Revue de droit sanitaire et social*, 1995, p. 472 ; KAYSER P., « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ*, 1998-2, p. 432 ; WICKER G., *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 178.

⁷¹⁴ VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », *LP A*, 14 décembre 1994, renvoyant à THERY R., « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *Dalloz*, 1982, p. 231 ; LOUVEL B., « Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance », *Gazette du Palais*, 6 et 7 janvier 1984 ; BAUDOIN J.L., LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme. De quel droit ?*, Paris, PUF 1987, p. 206 ; TERRE F., *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Paris, Flammarion 1987, p. 143. L'auteur considère toutefois que cette affirmation ne vaut plus depuis la libéralisation de l'avortement.

⁷¹⁵ VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », *LP A*, 14 décembre 1994 : « On l'a dit, mais il faut y revenir, la nature humaine de l'être humain depuis la conception jusqu'à la mort n'est pas une hypothèse métaphysique, mais bien une évidence expérimentale. Ceux qui se rallient à cette évidence que l'embryon (comme le fœtus) humain a déjà une nature humaine, que l'homme ne peut pas procéder d'une chose, ni d'un être inhumain, peuvent trouver un appui supplémentaire dans la position adoptée, en avril 1994, par l'Ordre national des médecins qui déclare que l'embryon doit être respecté dès sa conception comme un être de nature humaine ».

⁷¹⁶ MURAT, « Acte d'enfant sans vie : un mieux », *Droit de la famille*, avril 2002, p. 23, chronique n° 48.

⁷¹⁷ SAINTE R. J., « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *Dalloz*, 2001, p. 2917.

⁷¹⁸ Propos de Philippe Tourneau cités par BINET J.R., « Protection de la personne. Principes », *op. cit.* Voir aussi DRAÏ R., « L'embryon, personne potentielle », *CURAPP*, Bioéthique et droit, 1988, p. 101.

⁷¹⁹ HERZOG-EVANS M., « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.*, p. 65.

⁷²⁰ Voir notamment SCHMITT J., in *Münchener Kommentar - BGB*, §1, 6^{ème} édition, 2012, Rn 25.

⁷²¹ On renvoie notamment ici au travail de ROLLER M., *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, *op. cit.*

l'être conçu. À ces fins, ils insistent sur le statut de « *sujet de droit* »⁷²² de l'être conçu (même si ce statut ne produit pas encore tous ses effets) ou sur l'absence de corrélation entre l'absence de personnalité juridique et l'absence de protection juridique⁷²³.

237. Une partie de la doctrine semble ainsi partager la conviction, en France et en Allemagne, qu'il n'existe qu'un statut unique et continu de l'être humain en droit civil⁷²⁴. Du moins, cette partie de la doctrine le prescrit-elle. En effet, il semble que ce courant doctrinal entende davantage prescrire l'invariabilité du statut que décrire l'état du droit positif⁷²⁵. Ce courant intervient d'ailleurs souvent pour critiquer le droit positif lorsqu'il estime que ce dernier ne respecte pas la valeur supérieure de la vie qui s'imposerait pourtant à lui⁷²⁶. Ce courant s'inscrit dans une conception ontologique de la vie⁷²⁷ - à comprendre ici comme une conception qui considère que l'essence de la vie est invariable et que cette essence enclenche une protection juridique permanente, linéaire, continue, de la vie dès ses premières manifestations biologiques⁷²⁸ ; en somme qui ne pense la vie que comme *zoe*.

238. Ce discours doctrinal est indirectement conforté par le discours politique et parlementaire qui tend notamment à présenter l'activité législative comme cantonnée à la retranscription législative de vérités biologiques⁷²⁹. Les parlementaires, lorsqu'ils légifèrent sur la vie anténatale, se limiteraient ainsi à observer ce que dit et veut la nature. Par conséquent, les dispositions de droit civil relatives à la vie humaine se cantonneraient à constater un simple donné naturel. Par exemple, lors des débats parlementaires de 1992 sur l'état civil, certains parlementaires ont considéré que les

⁷²² Voir notamment HOFMANN H., *Das Lebensrecht des Nasciturus, zivilrechtliche Aspekte der Abtreibung*, *op. cit.*, p. 94 ; LANZ-ZUMSTEIN M., *Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimgut : ein Beitrag zu zivilrechtlichen Fragen im Bereich der Reproduktions- und Gentechnologie*, München, 1990, p. 302.

⁷²³ Voir notamment, HETTERICH H., *Mensch und Person - Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit. Eine rechtsistorische - kritische Untersuchung zu §1 BGB*, *op. cit.*, p. 51. MÜKO/SCHMITT, BGB, Band 1, 6^{ème} édition, §1, Rn. 31 ; SCHULZE R. DÖRNER H., EBERT I., HOEREN T., KEMPER R., SAENGER I., SCHREIBER K., SCHULTE-NÖLTKE H., *BGB - Handkommentar, Nomoskommentar*, 7^{ème} édition, 2012, §1, p. 36 ; JAUERNIG O., *BGB Kommentar*, 15^{ème} édition, §1, p. 71 ; PALANDT O., *BGB Kommentar*, 76^{ème} édition, 2017, Beck, §1, p. 11 ; HEIDEL T., HÜSSTEGE R., MANSEL H.P., NOACK U., *BGB Kommentar*, §1 Beginn der Rechtsfähigkeit, 3^{ème} édition, 2016, Rn 37-46 ; BURMANN M., HESS R., HÜHNERMANN K., JAHNKE J., *Straßenverkehrsrecht*, §249 BGB, 25^{ème} édition, 2018, Rn. 113-122.

⁷²⁴ Voir notamment THERY P., « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *op. cit.* ; SERIAUX A., « *Infans conceptus...* Remarques sur un univers juridique en mutation », *op. cit.*, p. 53 ; FENOUILLET D., *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, *op. cit.* ; MÉMETEAU G., « L'embryon législatif », *op. cit.*, p. 455. Voir également, CM, FD, YA, « Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 1991, p.91 ; HERZOG-EVANS M., « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *op. cit.*, p.65 ; RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation après la promulgation des lois bioéthiques », *JCP*, 1994, I, 3796, n° 66 ; LABBE X., « La vie humaine mise sur le marché », *LPA*, 5 sept. 2002. Pour l'Allemagne, SCHMITT J., in *Münchener Kommentar - BGB*, §1, 6^{ème} édition, 2012, Rn 25. Par ailleurs, certains auteurs estiment, quant à eux, que l'on peut dégager de la décision de la Cour constitutionnelle relative à l'avortement la qualité de sujet de droit du fœtus. Voir notamment, MÜNCH/KUNIG, *GG Kommentar - Article 2*, Rdn 47.

⁷²⁵ Cf. *supra* (introduction).

⁷²⁶ VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », *LPA*, 14 décembre 1994 : « *Cet état du droit est contestable* ».

⁷²⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁷²⁸ Voir aussi, CAYLA O., THOMAS Y, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2004, p. 107.

⁷²⁹ Sur le rapport entre nature et ontologie, en France, voir notamment, BOURG D., « Sujet, personne, individu », *Droits*, 13, 1991, p. 88 ; LABRUSSE-RIOU C., « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, 13, 1991, p. 19.

modifications législatives relatives à la définition de la personne juridique⁷³⁰ avaient été rendues possibles par l'acquisition de nouvelles connaissances scientifiques : « Cette législation d'un siècle passé traduisait l'aveu d'une impuissance scientifique à déterminer la viabilité de l'enfant. Les progrès de la science et l'évolution des techniques permettent désormais cette détermination dans l'immense majorité des cas »⁷³¹. L'action du législateur serait ainsi guidée, si ce n'est commandée, par la connaissance scientifique. Le statut civil de l'être humain, de l'être conçu, de la vie anténatale et, *in fine*, de la vie en tant que telle, serait ainsi un fait naturel que seule l'expérience scientifique pourrait révéler. Le législateur n'aurait qu'à identifier, par l'observation, quel est ontologiquement ce statut. Les débats bioéthiques se structurent tout particulièrement autour de cette approche : les parlementaires reprennent notamment les termes scientifiques de « zygotes » - pour désigner l'œuf fécondé non divisé - ou de « pré-embryon » pour insister sur l'existence de seuils naturels dans le processus de développement de la vie⁷³². Toutefois, les parlementaires ne tirent pas tous les mêmes conséquences de cette réalité biologique⁷³³. En effet, certains défendent, par ce biais, la catégorisation. Ils estiment que la nature fixe des seuils - ovocytes imprégnés, embryon, fœtus, nidation, viabilité, etc. - que le droit est légitime à reprendre⁷³⁴ pour distinguer différentes formes de vie⁷³⁵. D'autres estiment, au contraire, que d'un point de vue strictement biologique ou scientifique, la vie est un processus ininterrompu que le droit se doit de prendre en compte. Cette seconde approche soutient alors très fortement l'idée selon laquelle le statut de l'être humain - et la protection qui l'accompagne - s'imposeraient à l'ordre juridique, qu'il serait unique et que c'est la vie nue que le droit civil reconnaît et protège.

239. La pluralité des qualifications doctrinales de l'être conçu indique, à elle seule, que la détermination du statut de l'être humain n'a rien d'évident et ne saurait résulter du seul constat d'un donné naturel. Cette détermination est d'autant plus difficile que le droit positif n'a jamais expressément clarifié cette question. Cette absence de clarification, ainsi que la défense doctrinale d'une conception ontologique de la vie, encouragent alors la présomption selon laquelle c'est *zoe* que le droit protège. Ce discours tend en effet à invisibiliser la mise en œuvre, par l'État et par le droit civil, d'un (bio)pouvoir catégorisant les différentes formes de vie. Il convient pourtant de le mettre en lumière.

⁷³⁰ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁷³¹ AN, séance 1 du 28 avril 1992, Michel Vauzelle, p. 724.

⁷³² Voir notamment, Sénat, 18 janvier 1994, Franck Sérusclat, p. 234. Voir également, OLIVERO P., « La notion de pré-embryon dans la littérature politico-scientifique », *Archives de philosophie du droit*, tome 36, 1991, p. 87 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., « Words count : how interest in stem cell has made the embryo available - a look at french law of bioethics », *Medical law review*, 17, Spring 2009.

⁷³³ Voir, MEHL D., *Naître - La controverse bioéthique*, Bayard, 1999, p. 90.

⁷³⁴ Voir notamment TAISNE J.J., « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes ? », *op. cit.*, p. 25.

⁷³⁵ Contra : Sénat, 18 janvier 1994, Franck Sérusclat, p. 234 : « À aucun moment, le fait d'employer le mot *zygote* ne signifie qu'on abdique le respect qui est dû à une potentialité de la vie humaine. Même si dans 75% des cas, ce stade ne sera pas dépassé, nous n'avons absolument pas le droit de considérer que nous sommes face à un objet ».

B. L'absence de statut unique de la vie

240. Même si ce processus est invisibilisé par une partie du discours juridique, le droit civil procède bien à une *catégorisation* entre les différentes formes de vie. Une partie de la doctrine (1) met d'ailleurs en lumière la *variabilité* du statut civil de l'être conçu prévu par le droit civil positif (2).

1. L'absence de statut uniforme de la vie affirmée par une partie de la doctrine

241. Une partie de la doctrine tend, aujourd'hui, à insister sur la variabilité du statut de l'être humain⁷³⁶. En raison notamment des évolutions législatives dans le domaine procréatif⁷³⁷, l'idée selon laquelle il existerait un statut unique pour la vie en droit civil semble plus difficile à défendre. Une partie de la doctrine considère ainsi que le statut juridique de l'être humain peut varier. Elle s'appuie en ce sens sur la rédaction de l'article 16 du Code civil qui distingue entre les personnes et les êtres humains, expliquant que

« le texte est sibyllin parce qu'il procède à une distinction qui ne saute pas aux yeux d'un lecteur non averti entre la personne - notion juridique - et l'être humain - notion biologique -, distinction qui reprend l'antique opposition entre persona et homo. Cette distinction qui implique l'existence d'êtres humains qui ne sont pas des personnes ne concerne que l'embryon, auquel est accordé un droit au respect, notion philosophique et non juridique »,⁷³⁸

Ou encore que

*« la loi distingue donc nettement deux catégories d'êtres humains : d'un côté ceux qui, parce qu'ils sont nés vivants et viables, sont des personnes au sens juridique du terme [...]; de l'autre, ceux qui, parce qu'ils ne sont pas encore nés ne sauraient prétendre à cette qualification [...] »*⁷³⁹.

242. Ce courant considère qu'

*« il est très difficile de décrire avec netteté et cohérence la protection juridique reconnue à l'embryon. En effet celle-ci varie en fonction du regard qu'on lui porte ; elle varie également dans le temps en fonction de son utilité espérée »*⁷⁴⁰ ou encore que *« la thèse d'une soi-disant summa divisio juridique des personnes et des choses est erronée lorsqu'on considère le fonctionnement du système juridique »*⁷⁴¹.

⁷³⁶ Voir notamment sur la manière dont la doctrine appréhende la vie avant la naissance. CARAYON L., *La catégorisation des corps - Etude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse de droit privé, Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, 2016.

⁷³⁷ THERY R., « La condition juridique de l'embryon et du fœtus, *op. cit.* ; FARJAT G., « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTDciv.*, 2002, p. 221 : « Jusqu'à une date récente, le statut de l'enfant in utero paraissait simple : c'était celui d'une personne juridique (conditionnelle ou potentielle)... il est devenu singulièrement ambigu » depuis l'IVG.

⁷³⁸ NEIRINCK C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *Dalloz*, 2003, p. 841.

⁷³⁹ BELLIVIER F., ÉGEA P., « Les chemins de la liberté, petite leçon de biopolitique », *Dalloz*, 2004, p. 647.

⁷⁴⁰ NEIRINCK C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *op. cit.*, p. 841.

⁷⁴¹ FARJAT F., « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts » *op. cit.*, p. 221.

Selon ce courant doctrinal, en France⁷⁴² et en Allemagne⁷⁴³, il n'existe ainsi pas de statut figé de l'être conçu. Le régime juridique qui lui est applicable varie en fonction des intérêts en cause⁷⁴⁴. Cette variabilité montre que le droit procède à une catégorisation entre les différentes formes de vie, révélatrice de l'absence de protection de *zoe*.

243. Cette catégorisation est également mise en lumière par les auteurs qui tendent à appréhender la vie humaine *in utero* comme une « chose »⁷⁴⁵, fût-elle « sacrée »⁷⁴⁶, « personnifiée »⁷⁴⁷ ou « issue de la personne humaine »⁷⁴⁸ : il admet également que le droit procède, via la *summa divisio* entre les personnes et les choses, à une hiérarchisation entre différentes formes de vie.

2. L'absence de statut uniforme de la vie en droit positif civil

244. Le droit civil fixe des *seuils* à partir desquels il accorde à la vie biologique le statut de vie juridiquement protégée. Par ce biais, il détermine quelles sont les vies biologiques qui peuvent *entrer* dans cette catégorie (a) et celles qui doivent, au contraire, en *sortir* (b).

a. Des critères stricts d'attribution de la personnalité juridique à l'être humain

245. Le droit civil détermine les critères qui permettent de faire entrer ou non les êtres conçus - les êtres humains - de la catégorie des personnes juridiques. L'analyse de ces critères met en lumière l'absence de protection, par le droit, de la vie biologique *en tant que telle* (aa). De plus, le fait que les critères de rattachement de la vie biologique à la catégorie des personnes juridiques varient dans l'espace et le temps montre que ce rattachement procède d'un *choix* qui, par hypothèse, peut évoluer. En effet, les catégories juridiques sont des *constructions* et non des entités *naturelles* dont les contours biologiques s'imposeraient à l'ordre juridique (bb).

⁷⁴² En ce sens, BELLIVIER F., ÉGEA P., « L'être humain sans qualité », *op. cit.* ; NEIRINCK C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *op. cit.*, p. 841 ; BATTEUR A., « De la protection du corps à la protection de l'être humain », *op. cit.*

⁷⁴³ Voir notamment, SACKSOFSKY U., « Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro », *Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages « Recht und Ethik der modernen Medizin »*, Septembre 2001, p. 24 ; JARASS H., PIEROTH B., *GG Kommentar*, 11^{ème} édition, 2011, Article 2, §102, p. 95 ; DREIER H., « Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes », *ZRP*, 2002, p. 381.

⁷⁴⁴ D'où, par exemple, l'utilisation de la notion de « *centre d'intérêt* » par certains auteurs pour qualifier l'être humain : FARJAT F., « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts » *op. cit.*, p. 221.

⁷⁴⁵ Pour le rattachement à la catégorie des choses, voir notamment LABBE X., « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *Dalloz*, 2005, p. 930. Celle-ci peut toutefois ; comme le cadavre, être une chose sacrée ou particulière ; CAYOL A., « Avant la naissance et après la mort : l'être humain, une chose digne de respect », *Cahier de la recherche des droits fondamentaux*, n° 9, 2011, p. 117 ; LOISEAU G., « Pour un droit des choses », *Dalloz*, 2006, p. 3015.

⁷⁴⁶ LABBE X., « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *Dalloz*, 2005, p. 930.

⁷⁴⁷ MAIGRET J., « La règle *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* appliquée au Code pénal ? », *LP4*, n° 167, 20 août 2004, p. 3.

⁷⁴⁸ POPU H., « La reconnaissance de l'existence administrative du fœtus mort-né », *Deffrénois*, n° 13, p. 1443.

aa. Le caractère non automatique de la qualification de l'être humain comme personne juridique

246. En France, l'être doit être vivant *et* viable pour être rattaché à la catégorie de personne⁷⁴⁹. L'article 79-1 du Code civil dispose que « *lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès* »⁷⁵⁰. *A contrario*, cela signifie que l'existence juridique de l'enfant est conditionnée par le fait qu'il soit né vivant : l'enfant doit avoir respiré, la preuve étant faite par le constat visuel de secousses respiratoires ou de hoquets⁷⁵¹. Mais l'existence juridique de l'enfant est également conditionnée par le fait qu'il soit né viable : il doit être doté de la « *capacité naturelle de vivre* »⁷⁵². Ainsi, en France, comme l'observe Marjorie BRUSORIO-AILLAUD, « *l'enfant qui naît vivant et décède quelques heures plus tard, car tous ses organes n'étaient pas "opérationnels" n'est pas considéré comme viable. Il n'a pas et n'a jamais eu la personnalité juridique. En revanche, un enfant qui naît vivant et meurt peu après, par accident par exemple, a définitivement acquis la personnalité juridique même si cela n'a duré que quelques minutes* »⁷⁵³.

247. Cela diffère de l'Allemagne. Outre-Rhin, l'être humain acquiert la personnalité juridique une fois l'accouchement achevé, et ce dès lors que l'enfant a vécu, ne serait-ce que quelques instants⁷⁵⁴. Le §1 du Code civil allemand dispose, en effet, que « *la personnalité juridique de l'être humain commence à la fin de la naissance* »⁷⁵⁵. Selon le décret d'application de la loi sur l'état civil⁷⁵⁶, l'enfant est considéré comme vivant si, après la séparation de la mère (le cordon n'a pas besoin d'avoir été coupé⁷⁵⁷), le cœur bat, le sang circule par le cordon ombilical ou la respiration est spontanée⁷⁵⁸. Le droit fonde

⁷⁴⁹ Sénat, « Les enfants nés sans vie », *Étude de législation comparée*, n° 184, avril 2008.

⁷⁵⁰ Article 6 de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. Si l'enfant décède avant la déclaration, l'officier d'état civil établit parallèlement l'acte de naissance et l'acte de décès.

⁷⁵¹ MERGET M., LEVY J., MELCHIOT S., *Précis d'obstétrique*, Issy les Moulineaux, édition Masson, 2008. Voir aussi, PHILIPPE C., « La viabilité ... encore », *RDSS*, 2003, p. 316. Par ailleurs, dans une proposition de loi sur la procédure d'inhumation des enfants mort-nés, présentée par M. Jean-Claude BOUCHET, n° 761 : « *Aussitôt après l'expulsion du ventre de sa mère une secousse respiratoire qui atteste que de l'air est entré dans ses poumons et qu'il a eu une activité cardiaque* ».

⁷⁵² PHILIPPE C., « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *Dalloz*, 1996, p. 29. Sur la définition de la viabilité, voir aussi CORNU G., *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, 4^{ème} édition, 1990, n° 464 ; STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, Litec, 1^{ère} édition, 2003, n° 975 ; MÉMETEAU G., « Vie biologique et personnalité. Qui se souvient des hommes ? » *op. cit.*, p. 47 ; LABBÉE X., *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1991, p. 21 ; CARBONNIER J., *Droit civil, Les personnes*, Paris, PUF, 1992, n° 13 ; TEYSSIE B., *Droit civil, Les personnes*, Paris, Litec, 13^{ème} édition, 2011, n° 16 ; TERRE F., *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987, p. 14.

⁷⁵³ BRUSORIO AILLAUD M., *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Paradigmes, 2011.

⁷⁵⁴ PRÜTTING H., WEGEN G., WEINREICH G., *BGB Kommentar*, 10^{ème} édition, §1, p.11.

⁷⁵⁵ Il y a des dissensus sur la manière de traduire « *Rechtsfähigkeit* ». Certains le traduisent par « capacité juridique » tandis que d'autres considèrent bien que la « *Rechtsfähigkeit* » est la capacité pour une personne d'être titulaire de droits et d'obligation, c'est-à-dire un sujet de droit, ce qui se traduit davantage par « personnalité juridique » en français.

⁷⁵⁶ Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes (PStV), 22 novembre 2008.

⁷⁵⁷ WESTERMANN H.P., GRUNEWALD B., ERMAN - *BGB Kommentar*, 13^{ème} édition, §1; STAUDINGER J., *BGB Kommentar*, 15^{ème} édition, 2013, §1.

⁷⁵⁸ §31 PStV ; STAUDINGER J., *BGB Kommentar, op. cit.*, §1.

ainsi la *personnalité juridique* sur le critère de la naissance d'un être vivant, indépendamment de tout autre critère médical. La Cour fédérale de justice allemande a même estimé que le « *corps formé* » n'était pas un critère de la personnalité juridique⁷⁵⁹. Par ailleurs, même lorsque l'enfant est mort-né, il peut être inscrit sur le registre des naissances dès lors qu'il pèse plus de 500 grammes. En ce sens, l'alinéa 2 du §31 du décret sur l'état civil dispose que « *si l'enfant ne présente aucun signe de vie et qu'il pèse au moins 500 grammes, il doit être considéré comme un enfant mort-né* » tandis que le §21 alinéa 2 de la même loi précise que les enfants mort-nés sont inscrits au registre des naissances⁷⁶⁰. En dérogation à la règle selon laquelle la personnalité juridique s'acquiert avec la naissance, le droit civil accorde ainsi aussi à l'être conçu de plus de 500 grammes une reconnaissance juridique par son inscription au registre des naissances.

248. Ainsi, pour être *personne juridique* en France, il faut naître vivant et viable, et, en Allemagne, il faut naître vivant ou peser au moins 500 grammes. Preuve de l'importance de l'attribution de cette personnalité juridique pour l'ordre juridique, dans les deux pays, le droit *impose* la reconnaissance de l'enfant à l'état civil - sous peine de sanction pénale⁷⁶¹. Cela étant, ces critères ne sont pas la résultante de la seule observation de données biologiques ou naturelles.

bb. La variabilité des critères de qualification de l'être humain comme personne juridique

249. Les critères de rattachement de l'être humain à la catégorie des personnes juridiques sont *choisis* par le législateur. Pour preuve, il varie tant dans l'espace que dans le temps. Même si, dans les faits, la reconnaissance de la personnalité juridique est possible à partir de la 24^{ème} semaine - période à laquelle apparaît en moyenne la viabilité (critère français) et le poids de 500 grammes (critères allemands) - les critères juridiques ne sont pas identiques, l'un étant fixé sur une capacité et l'autre sur une masse. Si les conséquences pratiques d'une telle distinction restent relativement faibles, cela indique, malgré tout, que la délimitation du début de la vie juridique est une prérogative qui dépend du système juridique dans lequel elle s'inscrit. En Allemagne, l'existence juridique n'est ainsi soumise qu'à la condition que l'enfant naisse vivant, ce qui est plus large qu'en France où il existe une double condition. La catégorie allemande de *personne juridique* semble donc moins restrictive que la catégorie française et tend à coïncider davantage avec la catégorie de vie biologique. En tout état de cause, il s'agit d'un *choix* et non d'un donné naturel qui s'imposerait aux

⁷⁵⁹ STAUDINGER J., *BGB Kommentar, op. cit.*, §1, p. 223.

⁷⁶⁰ La loi précise toutefois qu'il doit être indiqué, en marge du registre des naissances, que l'enfant est « mort-né » et qu'en principe, il ne sera inscrit le prénom et le nom de l'enfant qu'à la demande des parents.

⁷⁶¹ Pour l'Allemagne : §19 et §20 de la loi sur l'état civil. Pour la France : article 56 du Code civil français. De la même manière, les deux pays obligent les personnes qui ont trouvé un enfant à déclarer son existence à l'état civil : §23 de la loi allemande sur l'état civil ; article 58 du Code civil français.

ordres juridiques. Si tel était le cas, il existerait, dans les deux pays, les mêmes critères de reconnaissance.

250. Si tel était le cas, ces critères n'auraient, qui plus est, pas pu évoluer avec le temps. Or, au fil des époques, les critères de rattachement changent.

251. En 1804, en France, l'article 55 du Code civil dispose que « *les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté* »⁷⁶². Par conséquent, seuls les nouveau-nés qui survivent jusqu'à leur présentation à un officier d'état civil sont juridiquement reconnus par le droit⁷⁶³. Tous ceux qui périssent avant cette étape sont donc réputés ne jamais avoir existé juridiquement⁷⁶⁴. Afin d'accorder aux enfants mort-nés un statut spécifique⁷⁶⁵, la loi du 8 janvier 1993 modifie par la suite les critères d'attribution de la personnalité juridique : le critère n'est plus, comme en 1804, la présentation à un officier d'état civil, mais la naissance d'un être vivant et viable. Tout enfant né vivant et viable, qui a été déclaré dans les cinq jours suivants sa naissance⁷⁶⁶ existe au monde du droit. *Prima facie*, l'évolution des critères semble aller dans le sens d'une protection grandissante de *zoe*.

252. En Allemagne, les critères de rattachement ont également évolué dans le temps : en 1979, le critère de poids remplace un critère de taille (35 cm)⁷⁶⁷. Jusqu'en 1994, le critère de poids était d'un kilogramme. S'y substitue ensuite un poids de 500 grammes⁷⁶⁸. Certains Länder continuent toutefois d'appliquer le critère de 1000 grammes ; preuve supplémentaire de la perméabilité des catégories posées par le droit⁷⁶⁹.

253. Ainsi, l'ordre juridique *décide* des vies qu'il fait entrer ou non dans la catégorie des personnes juridiques, usant - cette fois sur le plan juridique - de son pouvoir de *faire vivre*. Lorsque *zoe* ne détient pas les caractéristiques fixées par le droit, son existence de personne juridique n'est pas reconnue par le droit civil. La variabilité des critères fixés montre que la détermination des

⁷⁶² Article 5 du Code civil de 1804.

⁷⁶³ ROUJOU DE BOUBÉE G., VIGNEAU D., « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *Dalloz*, 2008, p. 1862.

⁷⁶⁴ Il s'avère toutefois qu'en pratique, les officiers d'état civil semblaient rédiger deux actes, un de naissance, et un de décès si l'enfant avait vécu (ne serait-ce que quelques heures). Cette pratique allait à l'encontre de l'article premier du décret du 4 juillet 1806 qui précisait qu'un enfant présenté comme sans vie ne devait pas être considéré comme « décédé » (ce qui sous-entendrait qu'il a vécu) mais seulement comme « sans vie ». Elle persistait néanmoins en raison de ses implications successorales.

⁷⁶⁵ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁷⁶⁶ Article 54 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁷⁶⁷ Voir le rapport de l'institut fédéral sur les études de la population : Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, « Lebendgeburt, Totgeburt und Fehlgeburt », disponible sur <http://www.bib-demografie.de/SharedDocs/Glossareintraege/DE/L/lebendgeburt.html> ; voir également, Sénat, « Les enfants nés sans vie », *op. cit.*

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ *Ibid.*

contours de la vie juridique résulte d'un choix politique ou *a fortiori* biopolitique, puisque cette détermination est le fruit d'un pouvoir qui s'exerce sur la vie.

254. L'analyse des critères fixés par le droit pour décider de la fin de la vie juridique confirme également cette hypothèse.

b. Des critères stricts de disparition de la personnalité juridique

255. Le droit civil détermine également les critères qui permettent de faire sortir ou non certaines vies biologiques de la catégorie des personnes juridiques. Une fois de plus, ces critères évoluent dans le temps. Cette évolution met en lumière à la fois l'absence de protection de *zoe* et l'artificialité des contours de la catégorie de personne juridique.

256. Pendant longtemps, en France comme en Allemagne, en ce qui concerne la mort, le droit a seulement pour fonction d'organiser les conséquences patrimoniales et funéraires du décès⁷⁷⁰. L'État enregistre certes le décès⁷⁷¹, le constate et en prend acte, mais ne le définit pas substantiellement. Ainsi, jusqu'à ce que les évolutions de la médecine du 20^{ème} siècle « *brouillent les frontières entre la vie et la mort* »⁷⁷², la définition de la mort n'intéresse que peu l'État car elle semble indiscutable. Les rédacteurs du Code civil font de la mort un fait évident. Ils n'en donnent pas de définition et un simple examen externe des signes de l'état cadavérique⁷⁷³, constatés par un officier d'état civil et deux témoins, suffit à la constater⁷⁷⁴. Son constat ne nécessite aucun constat médical⁷⁷⁵. En Allemagne, les rédacteurs du Code civil suivent le même raisonnement : aucune définition légale n'est prévue, la mort étant un fait « *à constater [...] biologiquement* », qui ne nécessite pas d'être réglementé⁷⁷⁶.

257. Toutefois, les progrès de la réanimation et la création de supports ventilatoires⁷⁷⁷ ont remis en question les frontières entre la vie et la mort⁷⁷⁸. Des discussions sont apparues sur une

⁷⁷⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *op. cit.*, p. 16.

⁷⁷¹ À partir, en France, de l'édit de Saint-Germain-en-Laye de 1667.

⁷⁷² HENNETTE-VAUCHEZ S., NOWENSTEIN G., « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *op. cit.* ; WESTERMANN H.P, GRUNEWALD B., *ERMAN - BGB Kommentar, op. cit.*, §1, p. 4 ; HERBERGER M., MARTINEK M., RÜSSMAN H., WETH S., *JurisPK, BGB Kommentar, Band 1, 7^{ème} édition, 2014, §1.*

⁷⁷³ Il faut que les battements de cœur aient cessé, que le lien vital entre les parties ait rompu, que le fonctionnement des différents organes ne soit plus.

⁷⁷⁴ IACUB M., « La construction de la mort en droit français », *Enquête, Les objets du droit*, 7-1999, §6.

⁷⁷⁵ Aujourd'hui encore, l'acte de décès n'a qu'une valeur déclaratoire (article 78 du Code civil) ; seule la fermeture du cercueil nécessite une constatation médicale (Article L2233-42 CGCT). Voir également, CARAYON L., *La catégorisation des corps - Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort, op. cit.*, p. 2.

⁷⁷⁶ HERBERGER M., MARTINEK M., RÜSSMAN H., WETH S., *JurisPK, BGB Kommentar, op. cit.*, §1 : « *La mort est un fait naturel, qui n'a, partant, pas besoin d'être réglementé* » ; WESTERMANN H.P, GRUNEWALD B., *ERMAN - BGB Kommentar, op. cit.*, §1 : « *La mort est un fait biologique-médical* » ; PRÜTTING H., WEGEN G., WEINREICH G., *BGB Kommentar, op. cit.*, §1 : « *Un fait biologique* ».

⁷⁷⁷ *Ibid.*

redéfinition de la mort⁷⁷⁹. La mort se révèle, en effet, être un processus de dégradation⁷⁸⁰, un *continuum*⁷⁸¹, dont le cours peut désormais être suspendu, voire inversé, par le biais de la réanimation. En parallèle, les développements importants de la transplantation d'organes soulignent la nécessité de déterminer un point de non-retour à partir duquel il sera considéré que la personne est morte, et ce, malgré le maintien de certaines fonctions biologiques par une assistance respiratoire artificielle. Il fallait ainsi déterminer à partir de quel moment le prélèvement organes chez une personne « biologiquement vivante » pouvait être autorisé⁷⁸². Il fallait donc déterminer de nouveaux critères d'exclusion de la vie *nue* de la catégorie de personne juridique⁷⁸³.

258. Dans les années 1960, la notion de *coma dépassé*⁷⁸⁴, qui correspond à un certain stade de dégradation des fonctions cérébrales, est alors considérée comme la frontière au-delà de laquelle la vie n'existe plus réellement. En coma dépassé, les fonctions respiratoires et cardiaques sont maintenues artificiellement mais le système nerveux cérébral ne réagit plus⁷⁸⁵. Le droit va ainsi développer progressivement un nouveau concept juridique de la mort⁷⁸⁶. En 1968, une circulaire dite « Jeanneney » consacre le critère de mort cérébrale⁷⁸⁷. Le coma dépassé devient donc officiellement la mort cérébrale⁷⁸⁸. Comme l'indique un décret du 2 décembre 1996, il est caractérisé par une absence totale et définitive d'activité cérébrale chez le patient⁷⁸⁹.

⁷⁷⁸ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, Stellungnahme, 2015, p. 14.

⁷⁷⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S., NOWENSTEIN G., « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *op. cit.*, p. 37 ; IACUB M., « La construction de la mort en droit français », *op. cit.*, §8.

⁷⁸⁰ DEMAY DE GOUSTINE P., « La détermination de la mort en droit positif », *RDSS*, 1990, p. 595.

⁷⁸¹ CALLU, M. F., « *Autour de la mort*, variations sur Madame se meurt, Madame est morte », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 312 ; voir aussi BEIGNIER B., « Respect et protection du corps humain », Article 16, Fascicule 70, *JCP*.

⁷⁸² Pour plus de détails, CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 578.

⁷⁸³ DEMAY DE GOUSTINE P., « La détermination de la mort en droit positif », *op. cit.*, p. 595 ; CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 578.

⁷⁸⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., NOWENSTEIN G., « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *op. cit.*, p. 37.

⁷⁸⁵ Circulaire du 3 février 1948 ; ADEBAHR G., « Aspekte des Hirntodes », *Zeitschrift für Rechtsmedizin*, 1986, p. 207 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., NOWENSTEIN G., « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *op. cit.*, p. 37.

⁷⁸⁶ LEBRETON G., « Le droit, la médecine et la mort », *Dalloz*, 1994, p. 352.

⁷⁸⁷ Circulaire Jeanneney n° 27 du 24 avril 1968.

⁷⁸⁸ En France, dans la communauté éthico-scientifique, le Conseil national de l'ordre des médecins se prononce tout d'abord pour assimiler le coma dépassé, la mort cérébrale à la « mort tout court » (Avis émis par le CNOM en sa 20 octobre 1984) puis le CCNE en 1988 préfère le terme de mort cérébrale (CCNE, Avis n° 12, *L'expérimentation médicale et scientifique sur des sujets en état de mort cérébral*, 7 novembre 1988). Cette nouvelle définition est ensuite consacrée par le Conseil d'État (CE, 2 juillet 1993, n° 124960, Recueil Lebon - Recueil des décisions du Conseil d'État 1993) de sorte que, désormais, la « mort cérébrale est la mort de l'individu » (KESSLER, conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire Conseil d'État, 2 juillet 1993, n° 124960).

⁷⁸⁹ Décret n° 96-1041 du 2 décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique : « Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : 1. Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ; 2. Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ; 3. Absence totale de ventilation spontanée ».

259. En Allemagne, la loi relative au don, au prélèvement et à la transmission d'organes et de tissus de 1997⁷⁹⁰ énonce explicitement dans un article 3 alinéa 2 que « *le prélèvement d'organes et de tissus n'est pas autorisé si l'arrêt définitif et irrémédiable de l'entière fonction cérébrale (du télencéphale, du cervelet, et du tronc cérébral) n'a pas été constaté* »⁷⁹¹. Ce constat doit se faire selon une procédure prévue par la loi et au regard des connaissances actuelles de la science médicale⁷⁹². Si la question d'un don d'organe est susceptible de se poser, le système allemand connaît donc une définition légale de la mort fondée sur l'arrêt des fonctions cérébrales.

260. En revanche, en l'absence de don d'organes, c'est en théorie les mêmes définitions « classiques » de la mort qui priment dans les deux pays⁷⁹³. En effet, le critère de la mort cérébrale n'a en principe vocation à s'appliquer qu'en cas de don d'organes. Toutefois, les deux définitions semblent parfois se confondre⁷⁹⁴. La définition de la mort cérébrale semble en effet s'être généralisée à de nombreuses questions juridiques, notamment en droit des successions⁷⁹⁵. Dans un arrêt de 1992, la Cour d'appel de Cologne étend la définition en dehors du champ de la médecine transplantatoire. En l'espèce, dans le cadre d'un contentieux successoral, suite à l'assassinat simultané d'un couple, le juge doit déterminer qui - du mari ou de la femme - a succombé en premier afin d'identifier par la suite les héritiers. Il retient alors qu'« *en droit successoral, conformément aux données de la science médicale et à l'interprétation faite dans les autres branches du droit, la survenance de la mort apparaît au moment de la mort cérébrale, c'est-à-dire au moment de la perte irréversible des fonctions cérébrales, de telle sorte que l'encéphalogramme est plat et qu'une réanimation est exclue* »⁷⁹⁶. Cette extension va renforcer les contestations relatives à cette nouvelle définition⁷⁹⁷, perçue comme un affaiblissement de la protection accordée à la vie nue. En effet, il n'existe aucune distinction *visible* entre le mort cérébral

⁷⁹⁰ Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (TPG), 5 novembre 1997.

⁷⁹¹ Si en France, le pouvoir réglementaire a détaillé la procédure de constat - voir en ce sens, le décret n° 2005-949 du 2 août 2005 relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du Code de la santé publique -, le législateur allemand, lui, précise seulement que le constat doit être établi par deux médecins qualifiés (qui ne font pas partie de l'équipe de transplantation) mais qu'un seul médecin suffit si le rythme cardiaque et la circulation sanguine ont définitivement cessé depuis plus de 3 heures (§5 TPG).

⁷⁹² §3 TPG.

⁷⁹³ Voir en ce sens, CC, 1^{ère} chambre civile, 19 oct. 1999, no 97-19845 : « *Mais attendu que, d'une part, conformément aux dispositions de l'article 21 du décret no 78-501 du 31 mars 1978, pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, alors en vigueur, les modalités selon lesquelles la mort doit être constatée par les médecins, reconnues valables par le ministre chargé de la Santé par la circulaire du 24 avril 1968, ne s'imposent qu'au cas où un prélèvement d'organe est envisagé* ». Contra : BEIGNIER B., « Respect et protection du corps humain » *op. cit.* : « *Le droit français retient une définition cérébrale de la mort* ». Pour l'Allemagne, voir, Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, Stellungnahme, 2015.

⁷⁹⁴ WESTERMANN H.P., GRUNEWALD B., ERMANN - *BGB Kommentar*, *op. cit.*, §1, 2014 ; CARAYON L., *La catégorisation des corps - Etude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁹⁵ Voir notamment OLG Köln, 24 février 1992, Az. 2 Wx 41/91 ; OLG Frankfurt am main, 11 juillet 1997, 20 W 254/95, *FamRZ*, 1998 Heft 3, 19.

⁷⁹⁶ OLG Köln, 24 février 1992, Az. 2 Wx 41/91.

⁷⁹⁷ Voir notamment, pour un résumé du débat, Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, Stellungnahme, 2015, p. 71 et p. 153.

et le vivant comateux, entre le corps légalement mort et le corps légalement vivant⁷⁹⁸, la distinction est *invisible*. Seule une batterie d'examens cliniques peut établir cette différence⁷⁹⁹. En dehors des résultats de ces tests, un même être, dans un même état, peut donc, après la transformation juridique de la définition de la mort cérébrale, passer de vie à trépas sans évolution de son état biologique. Une personne en vie au regard de l'ancienne définition devient morte au regard de la seconde. L'être perd la personnalité juridique avec le certificat de décès⁸⁰⁰ qui est rédigé au moment du constat de mort cérébrale⁸⁰¹ et qui l'exclut de la catégorie des personnes juridiques, au détriment de la protection de la vie nue.

261. L'État détient ainsi le pouvoir de définir sur le plan juridique la vie, lequel s'accompagne d'un pouvoir performatif de *faire mourir*⁸⁰². Si l'État moderne voit diminuer son pouvoir de *faire mourir* sur le plan biologique, il persiste malgré tout un pouvoir de *faire mourir*, sur le plan juridique, puisque ce dernier décide de la définition de la mort. Le droit *choisit* ainsi les critères de transformation de la vie biologique en personne juridique. Or, les ordres juridiques ne décident pas d'accorder à toutes les vies biologiques humaines une reconnaissance juridique. Ils *distinguent* les vies qui peuvent devenir des personnes juridiques et celles qui sont condamnées à n'être que pure vie biologique.

262. Cependant, il est vrai que l'absence de personnalité juridique ne signifie pas nécessairement l'absence totale de toute forme de protection juridique de la vie. Si l'on ne présume pas l'existence d'une *summa divisio* irréductible entre les personnes et les choses, la non-conversion de la vie biologique en vie juridique ne signifie, ni nécessairement le rattachement systématique de la vie biologique à la catégorie des *choses*⁸⁰³, ni son absence totale de protection. Cela étant, il découle bien de la distinction entre les statuts une différence dans les protections accordées à la vie biologique : si le droit lui accorde effectivement parfois une forme de protection - souvent incidente - il lui arrive également de refuser à la vie biologique toute forme de protection.

⁷⁹⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S., NOWENSTEIN G., « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *op. cit.*, p. 37.

⁷⁹⁹ DEMAY DE GOUSTINE P., « Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre », *op. cit.*, p. 525 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., NOWENSTEIN G., « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *op. cit.*, p. 37.

⁸⁰⁰ Sur les conditions de mises en place du certificat et sur les informations, voir notamment, DEMAY DE GOUSTINE P., « Le nouveau constat de la mort en cas d'utilisation du cadavre », *op. cit.*, p. 525.

⁸⁰¹ IACUB M., « La construction de la mort en droit français », *op. cit.*, §44: « C'est le constat qui tue [...] ».

⁸⁰² Sur ce point : HENNETTE-VAUCHEZ S., NOWENSTEIN G., « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *op. cit.*, p. 37.

⁸⁰³ Sur ce point, voir notamment MAZZONI M., « La protection réelle de l'embryon », *Droits et cultures*, 51, 2006, p. 145 et suivantes ; NIORT J.F., « Personne et discrimination : approche historique et théorique », in MERCAT BRUNS M., *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Paris, LDGJ, 2006, p. 18.

II. L'être humain et la personne juridique : des régimes de protection juridique différents

263. Malgré des affirmations doctrinales en ce sens, la vie anténatale n'est pas en tant que telle protégée par le droit civil. Ainsi, même si parfois celui-ci reconnaît effectivement l'existence de la vie biologique fût-ce *en deçà* de la catégorie de personne juridique (A), il n'est pas pour autant possible d'en conclure qu'il tend à protéger *zoe* dans sa globalité (B).

A. Une protection *a minima* pour l'être humain non qualifié de personne juridique

264. Le droit civil admet parfois une reconnaissance *a minima* de l'existence de la vie biologique. Pour le montrer, il convient ici de s'intéresser à la manière dont il appréhende la vie biologique humaine qui disparaît avant d'avoir acquis la personnalité juridique. Tant l'existence de la reconnaissance prénatale (1) que des actes d'enfant sans vie (2) permettent d'observer que le droit civil prend en compte la vie biologique de l'être conçu même lorsqu'elle n'entre pas pleinement dans la catégorie des personnes juridiques.

1. La reconnaissance prénatale

265. En France, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, l'article 316 du Code civil dispose que « lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance » et le §1594 du Code civil allemand que « la reconnaissance de paternité est possible avant la naissance ». La loi autorise donc les parents à reconnaître, avant sa naissance, l'existence de leur enfant. En France, cette validité avait déjà été admise par la jurisprudence. En 1990, la Cour d'appel de Paris énonçait en ce sens qu'

« il est de principe que la reconnaissance d'un enfant naturel est possible, dès avant sa naissance, à la seule condition qu'il soit conçu. Les effets de la reconnaissance anticipée sont conditionnés par la naissance et la viabilité de l'enfant mais, dès la réalisation de ces conditions, la reconnaissance ainsi faite est assimilable à la reconnaissance concomitante ou postérieure à la naissance. Elle a pour effet d'établir la filiation de l'enfant au jour où elle est souscrite, cet effet pouvant même remonter à la date de la conception si tel était l'intérêt de l'enfant ; l'ordre des reconnaissances anticipées ne peut être annulé par une fiction juridique consistant à dire que ces reconnaissances sont considérées comme faites simultanément le jour de la naissance, ce qui est contraire à la réalité des faits »⁸⁰⁴.

266. Même si elle a suscité des controverses⁸⁰⁵, cette reconnaissance est approuvée par une grande partie de la doctrine⁸⁰⁶ car elle permet de protéger l'enfant conçu en cas de décès de l'un de

⁸⁰⁴ CA Paris 13 novembre 1990, *Dalloz*, 1991, p. 8. Voir aussi, TGI Lille, 3 février 1987.

⁸⁰⁵ Voir notamment MALAURIE P., AYNES L., *Droit civil - La famille*, 2^{ème} édition, Cujas, 1989, n° 602 cité par GRANET-LAMBRECHTS F., « Le nom d'un enfant naturel qui a fait l'objet d'une reconnaissance par son père au moment de la déclaration de naissance et de deux reconnaissances prénatales par sa mère », *Dalloz*, 1993, p. 169.

⁸⁰⁶ LABRUSSE-RIOU C., *Droit de la famille. Les personnes*, 1^{ère} édition, Issy les Moulineaux, Masson, 1984, p. 133 ; MARTY P., RAYNAUD G., *Les personnes*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1976, n° 394 ; WEILL A., TERRE F., *Les personnes, la famille, les*

ses parents : « Elle est d'ailleurs une pratique à encourager, en ce qu'elle offre un moyen simple et sûr de préserver l'avenir de l'enfant dont la filiation est légalement établie dès sa conception, aucun parent n'étant à l'abri d'un décès prématuré. La mère peut craindre de décéder lors de l'accouchement, ou peu après, sans avoir eu le temps de reconnaître le nouveau-né. Le père peut éprouver les mêmes craintes »⁸⁰⁷. Cette reconnaissance est par ailleurs perçue comme la preuve de la prise en compte par le droit du statut spécifique d'être *humain* de l'être conçu⁸⁰⁸.

2. L'acte d'enfant sans vie

267. Les ordres juridiques français et allemand reconnaissent également la vie biologique de l'être humain qui n'a pas pu acquérir la personnalité juridique par le biais de l'acte d'enfant sans vie. Avant de s'intéresser, dans un second temps, aux effets juridiques de ces actes, il convient dans un premier temps d'analyser les critères d'attribution de ces actes en France et en Allemagne.

268. En France, c'est la loi du 8 janvier 1993 sur l'état civil qui crée l'acte d'enfant sans vie⁸⁰⁹ afin de clarifier la catégorie des enfants mort-nés jusqu'alors confuse⁸¹⁰. La loi distingue désormais entre les enfants morts avant la déclaration à l'état civil qui peuvent être inscrits au registre des naissances (s'ils sont nés vivants et viables) et ceux qui ne pourront pas être rattachés à la catégorie des personnes juridiques (car ils ne sont pas nés vivants et viables). Dans ce second cas de figure, la loi précise alors qu'une forme de reconnaissance juridique de l'enfant mort-né est malgré tout possible. En effet, l'article 79-1 alinéa 2 dispose qu'« à défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent [qui conditionne la reconnaissance du caractère vivant et viable de l'enfant] l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a

incapacités, 5^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1983, n° 616, p. 609 ; BENABENT A., *La famille*, 4^{ème} édition, Paris, Litec, 1990, n° 487, p. 392 ; COLOMBET C., *La famille*, Paris, PUF, 1985, n° 123, p. 159 ; MALAURIE P., *La famille*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1989, n° 602, p. 318 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *Dalloz*, 1986, Chronique spéciale, p. 307.

⁸⁰⁷ GRANET-LAMBRECHT F., « Le nom d'un enfant naturel qui a fait l'objet d'une reconnaissance par son père au moment de la déclaration de naissance et de deux reconnaissances prénatales par sa mère » *op. cit.*, p. 169.

⁸⁰⁸ BELLIVIER F., ÉGEA P., « Les chemins de la liberté. Petite leçon de biopolitique », *op. cit.*, p. 647 : « Une série d'évolutions sociales ont accompagné cette conception de l'embryon-fœtus qui, sans être une personne, est un être humain. Si ce n'était pas le cas, pourquoi en montrerait-on des images toujours plus sophistiquées aux futurs parents, pourquoi en dévoilerait-on le sexe à l'avance, pourquoi lui prodiguerait-on des soins *in utero*, pourquoi le droit aurait-il admis et même organisé sa reconnaissance prénatale ? ».

⁸⁰⁹ Article 79-1 du Code civil Voir sur ce point, SAUVAGE F., « L'acte d'enfant sans vie discrètement réglementé », *AJ famille*, 2008, p. 392.

⁸¹⁰ Pendant longtemps, le droit n'accorde pas de statut différencié à la catégorie des enfants dits mort-nés qui comprend tant les fœtus décédés *in utero*, que les enfants décédés pendant l'accouchement, ceux nés vivants mais non viables, et ceux nés vivants et viables mais décédés avant la déclaration à l'état civil.

lieu, ceux du déclarant»⁸¹¹. La loi prévoit donc une forme de reconnaissance juridique de la vie biologique par l'inscription de l'enfant aux registres des décès.

269. En Allemagne, lorsque l'être humain décède avant la déclaration de naissance et qu'il pèse moins de 500 grammes, il n'est pas considéré comme mort-né et ne peut pas être inscrit aux registres des naissances⁸¹². En effet, l'alinéa 3 du §31 du décret d'application de la loi sur l'état civil précise que « si l'enfant ne naît pas vivant et pèse moins de 500 grammes, il s'agit d'une fausse couche. Elle n'est pas enregistrée par les registres d'état civil »⁸¹³. Cependant, depuis 2013, la disposition précise que « la fausse couche peut être annoncée par une des personnes qui auraient été parents si l'enfant avait vécu à l'officier d'état compétent. Dans ce cas de figure, l'officier d'état civil édicte, à sa demande, une attestation »⁸¹⁴. Ainsi, le droit civil entérine l'existence de la vie biologique, même s'il ne s'agit pas d'une personne juridique. Outre-Rhin, la vie biologique peut donc *toujours* faire l'objet d'une forme de reconnaissance juridique, fût-elle en deçà de la personnalité juridique⁸¹⁵.

270. Il en va de même en droit européen. En effet, la jurisprudence de la CEDH reconnaît, elle aussi, l'existence juridique de la vie biologique. Dans un arrêt de 2005, *Znamenskaya contre Russie*, la Cour estime que le lien de filiation entre l'enfant mort-né et son géniteur doit pouvoir être reconnu, considérant que l'attachement émotionnel des parents à l'égard de l'enfant conçu devrait être constaté par le droit. Elle déclare tout d'abord que

*« la Cour accepte en général d'analyser les relations entretenues entre les personnes, en dehors du cadre de la vie familiale, sous l'angle de la vie privée. Considérant que la requérante a développé un lien étroit avec l'embryon qu'elle avait presque porté à terme et qu'elle a exprimé le désir de lui donner un nom et de l'enterrer, l'établissement de la filiation concerne indéniablement sa vie privée »*⁸¹⁶.

271. Puis ajoute ensuite que

*« pour rejeter la demande du requérant, de voir sa filiation établie à l'égard de l'enfant, la Cour russe n'évoque aucune raison légitime ou convaincante. De plus, le gouvernement a bien considéré que les juridictions internes avaient bien commis une erreur de droit en abordant la demande du requérant sous l'angle des droits civils de l'enfant mort-né sans tenir compte des droits individuels du requérant. Le Gouvernement a donc bien admis qu'au regard des dispositions de droit de la famille, la demande de la requérante aurait dû être admise »*⁸¹⁷.

⁸¹¹ Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce le jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question.

⁸¹² Sur ce point, SACHSE M., « "Totgeburt" und "Fehlgeburt" neu definiert », *StAZ*, 1980, p. 270.

⁸¹³ §31 Personenstandverordnung (PstV), 22 novembre 2008.

⁸¹⁴ §31 PstV.

⁸¹⁵ Voir, à nouveau, SACHSE M., « "Totgeburt" und "Fehlgeburt" neu definiert », *StAZ*, 1980, p. 270.

⁸¹⁶ CEDH, *Znamenskaya contre Russie*, 2 juin 2005, n° 7778501, §27. Voir également CEDH, *Maric contre Croatie*, 12 juin 2014, n° 5013212, §64.

⁸¹⁷ *Ibid.*, §30.

272. Elle considère qu'ici « *la non-prise en compte à la fois des faits établis et des souhaits des personnes concernées n'est pas compatible, même en tenant compte de la marge d'appréciation laissée à l'État, avec l'obligation d'assurer le respect effectif de la vie privée* »⁸¹⁸. La Cour semble ainsi refuser des catégorisations trop rigides, encourageant par ce biais l'idée selon laquelle la vie est un processus continu.

273. L'existence de l'acte d'enfant sans vie, en France et en Allemagne, est un élément utilisé par la doctrine pour montrer que le droit admet « *une certaine reconnaissance officielle du fœtus* »⁸¹⁹. En effet, admettre l'humanité de l'être conçu, et par ce biais son statut d'enfant en devenir renforce l'idée selon laquelle le droit reconnaît la vie comme un processus linéaire, digne de protection de la conception à la mort. Cependant, si l'existence d'un tel acte participe certes à la confusion, il ne suffit pas à faire disparaître la catégorisation auxquels le droit civil procède en réalité.

B. Une protection *a minima* limitée pour l'être humain non qualifié de personne juridique

274. La création d'un tel acte ne suffit pas à prouver que le droit civil protège la vie *nue*. En effet, cet acte n'empêche pas le droit civil de procéder à une *hiérarchisation* des différentes formes de vie puisque ce dernier continue de leur accorder, en raison de leurs statuts distincts, des protections différentes (1). Qui plus est, si la vie biologique est protégée par l'acte d'enfant sans vie, ce n'est qu'à titre incident, cet acte servant surtout à aider les parents dans leur travail de deuil : c'est donc davantage le regard que ces derniers portent sur l'être conçu qui est reconnu ici par le droit et non la seule vie biologique (2).

1. La portée limitée de l'acte d'enfant sans vie

275. Les ordres juridiques accordent des protections distinctes à la vie qui a fait l'objet d'une reconnaissance juridique et à celle qui n'est que vie biologique. En effet, en France, les critères d'attribution de l'acte d'enfant sans vie sont restrictifs. Toutes les vies biologiques qui n'ont pas obtenu la personnalité juridique ne sont pas reconnues par le droit *via* l'acte d'enfant sans vie (a). En Allemagne, en revanche, ce sont bien toutes les vies biologiques qui peuvent être reconnues par le droit *via* l'attestation d'enfant sans vie. Cependant, les conséquences juridiques qui y sont attachées sont moins importantes que celles qui découlent de l'obtention de la personnalité juridique. L'ordre juridique valorise davantage l'être humain doté de la personnalité juridique que l'être humain qui n'est que vie biologique (b).

⁸¹⁸ *Ibid.*, §31.

⁸¹⁹ LABRUSSE-RIOU C., BELLIVIER F., « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, 54-2, p. 588.

a. L'attribution limitée de l'acte d'enfant sans vie en France

276. En France, la reconnaissance de l'enfant sans vie est soumise à des conditions plus strictes qu'en Allemagne ; conditions qui ne permettent de reconnaître que la vie de plus de 14 semaines.

277. En France, l'analyse de l'évolution des critères fixés par le droit pour obtenir cette attestation montre que les pouvoirs publics n'entendent pas l'attribuer à toutes les vies biologiques. En 1993, une circulaire de la direction générale de la santé⁸²⁰ commence par définir la catégorie d'enfant mort-né en reprenant les critères proposés par l'Organisation mondiale de la santé en 1977⁸²¹ : l'être humain doit être viable, c'est-à-dire avoir passé au moins les 22 premières semaines de grossesse, peser plus de 500 grammes et être dénué de toute malformation. En 1999, même si le critère change - l'instruction générale de l'état civil considère désormais comme mort-né l'enfant qui meurt après une gestation de 180 jours⁸²² - l'obtention de cet acte reste conditionnée. Une circulaire de 2001 revient ensuite aux critères fixés en 1993⁸²³. Ainsi, non seulement les critères résultent donc d'un *choix* de l'ordre juridique qui évoluent dans le temps - mais, qui plus est, les pouvoirs publics cantonnent toujours l'attribution de l'acte à des critères restrictifs.

278. Dans une série d'arrêts du 6 février 2008⁸²⁴, la Cour de cassation déclare toutefois que les critères fixés par les circulaires ne lient pas les officiers d'état civil car « l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie, ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse »⁸²⁵. Elle estime alors que la Cour d'appel a violé la loi, en ajoutant au texte des conditions qu'il ne prévoit pas :

⁸²⁰ Circulaire DGS n° 50 du 22 juillet 1993 relative à la déclaration des nouveau-nés décédés à l'état civil.

⁸²¹ Organisation mondiale de la santé, *Classification internationale des maladies*, Révision 1975, Genève, 1977.

⁸²² §296 de l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999.

⁸²³ Circulaire DHOS/E 4/DGS/DACS/DGCL n° 2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance. Voir sur ce point, DUTRIEUX D., « Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né », *Deffrénois*, n° 11, p. 719.

⁸²⁴ En effet, en 2005, trois couples saisissent le procureur de la république à la suite d'un refus de délivrance d'un acte d'enfant sans vie. Le tribunal d'instance d'Avignon rejette leur demande le 3 avril 2003. Le juge estime que les termes « enfant » et « accouchement » montrent que le législateur n'a pas entendu prendre en compte chaque fausse couche ou chaque grossesse qui ne va pas à terme. Un tel acte ne peut être édicté que pour « un être humain qui a atteint un stade de développement tel qu'on puisse légitimement espérer qu'il vive ». Un fœtus de moins de 22 semaines et de moins de 500 grammes ne pouvant être viable, il est alors logique qu'il ne puisse bénéficier des dispositions de l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil. Cette décision est ensuite confirmée par la Cour d'appel de Nîmes qui estime que bien que la circulaire n'ait pas de caractère normatif, elle permet le maintien du principe d'égalité devant la loi, en évitant que la rédaction de l'acte ne soit dépendante des convictions personnelles de l'officier d'état civil.

⁸²⁵ CC, 1^{re} chambre civile, 6 février 2008, n° 0616498 ; chronique Chauvin et Creton, *Dalloz*, 2008, p. 638 ; observations Granet-Lambrechts, *Dalloz*, 2008, p. 1371 ; observations Hauser, *RTD Civ.*, 2008, p. 268. Voir aussi, sur ce point, CHENEDE F., « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie » n'est pas subordonné au respect du seuil de viabilité défini par l'OMS » *AJ fam.*, 2008, p. 165 ; GUIOMARD P., « L'état civil des enfants nés sans vie », *Dalloz actualité*, 8 février 2008 ; DUPONT M., « Déclaration des enfants sans vie : pas de seuil de viabilité opposable aux familles », *Constitutions*, 2010, p. 75 ; HAUSER J., « De l'enfant né sans vie à l'enfant projeté et des paternités morales qui pourraient rapporter », *RTD Civ.*, 2008, p. 268. Voir aussi, ROUJOU DE BOUBÉE G., VIGNEAU D., « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *Dalloz*, 2008, p. 1862 ; AVENA-ROBARDET V., « État civil de l'enfant mort-né : encore des exceptions ! », *AJ fam.*, 2008, p. 314.

« Pour qu'un acte d'enfant sans vie puisse être dressé, il faut reconnaître à l'être dont on doit ainsi déplorer la perte, un stade de développement suffisant pour pouvoir être reconnu comme un enfant, ce qui ne peut se décréter mais doit se constater à l'aune de l'espoir raisonnable de vie autonome présenté par le fœtus avant son extinction, qu'en l'état actuel des données de la science, il y a lieu de retenir, comme l'a fait l'officier d'état civil, le seuil de viabilité défini par l'Organisation mondiale de la santé qui est de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou d'un poids du fœtus de 500 grammes et qu'en l'espèce ces seuils n'étaient pas atteints, qu'en statuant ainsi [...] la cour d'appel, qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas, l'a violé »⁸²⁶.

279. Par conséquent, la Cour de cassation estime qu'un acte d'enfant sans vie peut être délivré même lorsque la gestation dure moins de 22 semaines ou que le fœtus pèse moins de 500 grammes car la loi ne détermine aucun critère précis⁸²⁷. Ces décisions élargissent ainsi les cas pour lesquels un acte d'enfant sans vie peut être rédigé et tendent à renforcer la protection accordée à la vie biologique⁸²⁸.

280. Cependant, deux décrets de 2008⁸²⁹ sont édictés pour préciser que l'acte d'enfant sans vie doit être « dressé sur production d'un certificat médical d'accouchement »⁸³⁰. Dorénavant, seule l'édition d'un certificat d'accouchement permet la délivrance d'un acte d'enfant sans vie⁸³¹. À première vue, le pouvoir exécutif ne procède pas à une *catégorisation* visible entre les différentes formes de vie. En effet, les « seuils mathématiques »⁸³² de la circulaire sont remplacés « par des concepts plus vagues »⁸³³. Par ce biais, l'illusion selon laquelle le droit protège la vie de manière continue se maintient⁸³⁴. Une

⁸²⁶ CC, 1^{ère} chambre civile, 6 février 2008, n° 0616498.

⁸²⁷ CC, 1^{ère} chambre civile, 6 février 2008, n° 0616498 : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie, ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel, qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas, l'a violé ». Sur ce point, voit notamment POPU H., « La reconnaissance de l'existence administrative du fœtus mort-né », *Deffrénois*, n° 13, p. 1443.

⁸²⁸ En ce sens, BOUCHER J.C., Proposition de loi sur la procédure d'inhumation des enfants mort-nés, 27 mars 2008, n° 761 : « La Cour de cassation a ainsi résolu une contradiction insupportable entre, d'une part, les évolutions techniques et médicales qui permettent d'avoir très tôt, au cours de la grossesse, une représentation très précise, tant visuelle par l'échographie, que sonore par le Doppler, de la vie du fœtus et, d'autre part, la non-prise en compte de la réalité de cette existence en raison d'un vide juridique ».

⁸²⁹ Voir le décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil sur à l'établissement de l'acte d'enfant sans vie et le décret n° 2008-798 du 20 août 2008 modifiant le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille sur le modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie du 20 août 2008. Voir aussi, CE, 2 avril 2010, n° 325252 : « Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'arrêté attaqué n'est pas entaché d'incompétence [...] Considérant, en deuxième lieu, que le moyen tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bienfondé [...]. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les associations requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation de la décision rejetant leur demande de retrait de l'arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie ».

⁸³⁰ Article 1 du décret n° 2008-800 du 20 août 2008. Voir sur ce point, notamment, DARGENT L., « Enfant né sans vie : inscription sur le registre d'état civil », *Dalloz actualité*, 27 août 2008 ; SAUVAGE F., « Les conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie éclairées par une circulaire du 19 juin 2009 », *AJ famille*, 2009, p. 397. Pour une critique de ce décret, HAUSER J., « Actes d'enfant sans vie (suite et fin ?) ou la démission du législateur », *RTD civ.*, 2008, p. 652.

⁸³¹ CA Nîmes, 15 décembre 2009, n° 0801204 : il appartient maintenant au médecin seul de « distinguer entre les situations ouvrant la possibilité d'un certificat d'accouchement » et les autres situations.

⁸³² HAUSER J., « Actes d'enfant sans vie (suite et fin ?) ou la démission du législateur », *op. cit.*, p. 652.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ LOISEAU G., « L'acte II d'enfant sans vie », *Droit de la famille*, 2008, n° 135.

nouvelle circulaire du ministère de l'Intérieur en 2009⁸³⁵ est toutefois édictée pour préciser les critères d'attribution du certificat médical d'accouchement :

« La réalité d'un accouchement relève de l'appréciation médicale des praticiens. En tout état de cause, l'établissement d'un certificat médical d'accouchement implique le recueil d'un corps formé - y compris congénitalement mal formé - et sexué, quand bien même le processus de maturation demeure inachevé et à l'exclusion des masses tissulaires sans aspect morphologique »⁸³⁶.

281. Ainsi, seuls les accouchements spontanés ou provoqués pour raisons médicales, réalisés après les *14 premières semaines de gestation* ouvrent la possibilité d'un certificat d'accouchement et donc *in fine* la délivrance d'un acte d'enfant sans vie. En effet, avant ce délai, le corps n'est pas formé. Par conséquent, *« on revient, certes indirectement et discrètement, à un seuil, et ce par circulaire, ce que la Cour de cassation avait expressément sanctionné »*⁸³⁷. Malgré la sanction de la Cour de cassation, l'administration n'entend pas admettre la reconnaissance de toutes les formes de vie juridique et édicte de nouveaux critères. Le droit français continue donc de procéder à diverses catégorisations.

282. Preuve de ce que ce n'est pas *zoe* que le droit protège, les autres formes de vie sont alors appréhendées comme des choses. Ainsi, en l'absence d'acte d'enfant sans vie, l'être conçu peut être assimilé à un déchet anatomique⁸³⁸. En effet, la circulaire de 2009 précise que si l'enfant ne fait pas l'objet d'un acte d'enfant sans vie, deux cas de figure sont envisageables. En premier lieu, s'il y a un certificat médical d'accouchement⁸³⁹, l'enfant peut être *« inhumé si l'établissement de santé, en accord avec les communes concernées, a pris des dispositions spécifiques en ce sens »* ou *« à défaut le corps fait l'objet d'une crémation à la charge de l'établissement de santé selon les dispositions [...] applicables aux pièces anatomiques d'origine humaine »*. En second lieu, s'il n'y a pas de certificat médical d'accouchement, *« il est recommandé de procéder à une crémation à la charge de l'établissement de santé, selon les dispositions susmentionnées applicables aux pièces anatomiques d'origine humaine »*. Ainsi, en l'absence d'acte d'enfant sans vie, la circulaire assimile ces êtres humains à des pièces anatomiques et renvoie aux dispositions du Code de santé publique applicables à leur élimination. Certes, le sort des déchets hospitaliers humains fait l'objet d'une réglementation spécifique mais l'organisme vivant a le statut d'un élément corporel détaché du corps humain, traditionnellement assimilé à une chose, fût-elle soumise à des dispositions spécifiques. Le statut de l'être humain est ainsi variable en droit civil français. Ce n'est

⁸³⁵ Circulaire DGCL/DACS/DHOS/DGS du 19 juin 2009 relative à relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie et des fœtus.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ HAUSER J., « Actes d'enfant sans vie (suite et fin ?) ou la démission du législateur », *op. cit.*, p. 652.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 7. La circulaire renvoie aux articles R.1335-9 à R. 1335-11 CSP.

⁸³⁹ Mais pas d'acte d'enfants sans vie parce que les parents ne l'ont pas demandé par exemple, cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

dès lors pas la seule vie *nue* - la vie en tant que telle - que le droit civil protège en France. Il en va de même en Allemagne.

b. Les conséquences limitées de l'acte d'enfant sans vie en Allemagne

283. En Allemagne, l'attestation a pour seule conséquence l'organisation d'éventuelles obsèques pour l'enfant né sans vie. Si en France, l'attribution de l'acte est limitée, les effets qu'il produit sont vastes : outre l'inscription sur le registre des décès⁸⁴⁰, l'attribution d'un prénom⁸⁴¹, la délivrance d'un livret de famille⁸⁴², l'inhumation ou la crémation du corps et l'organisation des funérailles⁸⁴³ (aux frais de la famille toutefois), l'attribution de la prime à la naissance et des allocations de base⁸⁴⁴, le droit aux indemnités journalières de maternité et de paternité⁸⁴⁵ ; la majoration de la durée d'assurance vieillesse pour enfant⁸⁴⁶ et la prise en compte de celui-ci au titre du quotient familial⁸⁴⁷. En Allemagne, l'attribution de l'acte n'est pas limitée mais les effets qu'il produit sont, en revanche, restreints, se cantonnant seulement à l'organisation d'obsèques. Même si l'organisation d'obsèques n'est pas obligatoire⁸⁴⁸, les Länder, compétents en la matière⁸⁴⁹, l'autorisent pour la plupart⁸⁵⁰ pour les êtres humains de moins de 500 grammes⁸⁵¹.

⁸⁴⁰ Article 79-1 alinéa 2 du Code civil. Voir aussi, le décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil et l'arrêté ministériel du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie.

⁸⁴¹ Article 79-1 alinéa 2 du Code civil. Voir aussi IGEC du 11 mai 1999 n° 467-2.

⁸⁴² IGEC n° 469-1 et 626. Voir aussi, l'arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle de livret de famille modifié par l'arrêté ministériel du ministère de l'intérieur et de la justice du 20 août 2008.

⁸⁴³ Circulaire n° 2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance : « *La famille peut faire procéder, à sa charge, à l'inhumation ou la crémation du corps. La commune garde la faculté d'aider financièrement les familles en difficulté. Sinon, en cas d'absence de prise en charge par la famille, le corps est ; soit inhumé si l'établissement de santé, en accord avec les communes concernées, a pris des dispositions spécifiques dans ce sens ; soit incinéré dans un crématorium à la charge de l'établissement de santé selon les dispositions des articles R. 44-7 à R. 44-9-I du code de la santé publique. Dans ces deux cas l'entreprise de pompes funèbres ou le crématorium sont choisis dans le respect des règles du code des marchés publics* ». À défaut d'une telle prise en charge, le corps de l'enfant est soit inhumé si une convention a été conclue en ce sens avec la commune, soit incinéré dans un crématorium. Voir l'article R1112-76 CSP.

⁸⁴⁴ Voir notamment la Circulaire de la direction des prestations familiales n° 2005-010 du 8 juin 2005.

⁸⁴⁵ Voir notamment l'arrêté du 9 janvier 2008.

⁸⁴⁶ Voir notamment la circulaire CNAV 2004/22 du 30 avril 2004.

⁸⁴⁷ Voir en ce sens, SAUVAGE F., « L'acte d'enfant sans vie discrètement réglementé », *AJ famille*, 2008, p. 392. L'auteure se fonde sur un courrier de la direction de la législation fiscale du 19 septembre 2006 à l'association « Petite Emilie ».

⁸⁴⁸ Pour une critique - antérieure toutefois au décret de 2008 - SPRANGER M., « Der Mensch als Sondermüll, Zum Umgang mit Fehlgebrten », *NrWZ*, 1999, p. 856 ; SPRANGER M., « Die Ungenehmigte Verfügung der Krankenhäuser über Fehlgeborene », *MedR*, 1999, p. 210 ; RIXEN S., « Die Bestattung fehlgeborener Kinder als Rechtsprblem », *FamRZ*, 1994, p. 417.

⁸⁴⁹ Voir les différentes lois des Länder sur les inhumations (*Bestattungsgesetz*).

⁸⁵⁰ Ils distinguent entre l'enfant est juridiquement qualifié de « mort-né » - qui pèse au moins 500 grammes - et pour lequel le régime juridique de ses funérailles est de droit commun puisqu'il s'agit d'une personne juridique - et les autres formes de vie. Chaque loi régionale sur les inhumations détermine ce qu'elle entend par « fausse couche » et les critères selon lesquels un être humain peut être inhumé.

⁸⁵¹ Voir par exemple, pour la loi de la Saxe, le §18 n° 6 *Bestattungsgesetz* : « *Dès lors que les produits d'une fausse-couche et les fœtus issus d'une interruption médicale de grossesse ne sont pas inhumés au regard de l'alinéa 3, ils doivent être inhumés dans un délai d'un an s'ils ne sont pas utilisés à des fins de recherches médicales, pharmaceutiques ou scientifiques* ». Pour la loi de la Bavière, le §6 *Bestattungsgesetz*. Pour la Loi du Baden, le §30 *Bestattungsgesetz* : « *S'il n'y a pas de déclaration de l'un des parents au regard de l'alinéa 2 phrase 2, les fausses-couches et les fœtus doivent être inhumés dans des conditions dignes par les établissements. Les fausses-couches et les fœtus qui ne sont pas*

284. Il est certain que sur le plan symbolique, l'organisation d'obsèques est très importante. Cela montre qu'il y a une forme d'« *individualisation juridique* » du fœtus⁸⁵² et une prise en compte de la vie biologique par le droit civil. Cependant, les limites évoquées indiquent que les droits français et allemand ne protègent pas de manière identique toutes les formes de vie juridiques. Cela est d'autant plus clair que la possibilité d'organiser des obsèques est avant tout pensée comme une aide au travail de deuil des parents et non comme une reconnaissance juridique de *zoe*.

2. Un acte avant tout justifié par l'accompagnement du travail de deuil des parents

285. L'acte d'enfant sans vie a avant tout été créé pour aider les parents dans leur travail de deuil et non car il importait aux systèmes juridiques de reconnaître l'existence de la seule vie biologique.

286. Par ailleurs, la délivrance d'un tel acte d'enfant sans vie est soumise à la condition qu'elle soit demandée par les parents. En France, la circulaire de 2009 précise bien qu'« *il sera précisé aux parents, lors de la remise du document, que la déclaration éventuelle de l'enfant sans vie à l'état civil repose sur une démarche volontaire et qu'elle n'est contrainte par aucun délai* »⁸⁵³. En Allemagne, le §31 alinéa 3 du règlement sur l'état civil dispose que « *dans le cas d'une fausse couche, l'officier d'état civil édicte, à la demande des requérants, une attestation* ». Dès lors, en France, comme en Allemagne, si les parents, informés de la situation, ne *demandent* pas à ce que l'existence de leur enfant soit juridiquement reconnue, ce dernier deviendra, sur le plan juridique, une pièce anatomique⁸⁵⁴ entrant dans la catégorie des déchets hospitaliers et *in fine* des choses⁸⁵⁵. C'est donc la *volonté* des parents - le regard qu'ils portent sur l'être conçu - qui est ici prise en compte par le droit et non la *vie nue*. C'est la raison pour laquelle en l'absence de réclamation du corps du fœtus par les parents⁸⁵⁶, son caractère *d'enfant potentiel* n'est pas reconnu.

inhumés peuvent servir toutes fins scientifiques. Pour une utilisation à des fins scientifiques, le consentement des parents est nécessaire ». Pour la loi de Berlin, le §15 : « *Les enfants mort-nés et les produits des fausses couches sont à inhumés à la demande des parents* ». Des exemples similaires peuvent être trouvés dans les lois du Bade-Wurtemberg (§30) et de la Saare (§25).

⁸⁵² MURAT P., « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *op. cit.*, p. 451.

⁸⁵³ Circulaire interministérielle du 19 juin 2009.

⁸⁵⁴ En Allemagne, cette question est réglée par les différents Länder ; voir notamment BLUM S., PÜSCHEL K., « Die Rechtslage zur Bestattung von Fehl und Totgeburten - Gesetzliche Regelung erstmals in Hamburg », *Zeitschrift für Trauerkultur*, n° 76, I, 2002.

⁸⁵⁵ Article R1335-9 CSP ; Article R1335-10 CSP ; Articles R1335-2 à R1335-7 CSP ; Article R1335-11 CSP. Cette pratique a déjà donné lieu à des scandales, notamment celui de l'hôpital Saint Vincent de Paul - voir notamment DUSSOL A., « Le fœtus, ni chose, ni personne », 30 août 2005, Tribune dans Libération - ; elle est également contestée par une partie de la doctrine, voir notamment, BALESTRIERO V., « La situation de l'enfant mort-né », *Dalloz*, 1999, p. 81. Pour une critique de ce rattachement, jugé contraire à la dignité humaine : SPRANGER M., « Der Mensch als Sondermüll, Zum Umgang mit Fehlgeburten », *NWZ*, 1999, p. 856 ; SPRANGER M., « Die Ungenehmigte Verfügung der Krankenhäuser über Fehlgeborene », *MedR* 1999, p. 210.

⁸⁵⁶ Article R1112-76 CSP.

287. En ce sens, il faut noter que les débats parlementaires relatifs à la loi sur l'état civil de 1993 en France insistent sur ce point. On peut ainsi lire qu'

« en ce qui concerne les conséquences psychologiques, et ce sont de loin les plus importantes, il est primordial pour les familles que le processus du deuil se déroule normalement, que les parents aient des repères matériels qui attestent de l'existence de l'enfant. En effet, lorsqu'un bébé est accueilli avec joie au terme d'une grossesse désirée et qu'il est victime, dès les premières heures de sa vie, d'une maladie ou d'une malformation très grave à évolution mortelle, ses parents vivent des moments d'une grande intensité dramatique. Très rapidement, à la joie succèdent la déception, puis l'angoisse, la douleur et enfin l'abattement. Durant la grossesse et au moment de la naissance, une relation affective s'est créée entre les parents et l'enfant, que la mort va casser brutalement. Pour ces familles, le fait de voir nier la vie de leur enfant par l'état civil est un traumatisme supplémentaire. Presque toujours, ils ont vu leur enfant, même brièvement, et sont attachés à la présence de signes ou d'images qui confortent cette vision fugitive. Il est important pour eux qu'ils puissent le nommer et que ce nom s'inscrive dans la constellation familiale »⁸⁵⁷.

La création de ces attestations coïncide d'ailleurs avec le développement des échographies anténatales. Le fœtus, autrefois sans visage, non identifiable, « recelait une part de mystère. Il n'était pas concrètement imaginable avant sa naissance. Aujourd'hui, l'échographie révèle rapidement aux futurs parents son sexe, sa silhouette. Ceux-ci voient dans les images des échographies ses premières photographies »⁸⁵⁸. L'être conçu devient, d'une certaine manière, un membre à part entière de la famille⁸⁵⁹. Dès lors, sa disparition peut être ressentie comme le décès d'un membre de la famille et ainsi nécessiter un véritable travail de deuil⁸⁶⁰. C'est la raison pour laquelle le législateur français a créé, en 1993, « l'acte d'enfant sans vie » un statut spécifique pour les enfants mort-nés : afin d'aider le travail de deuil des parents. La réforme de 1993 se situe au cœur d'un phénomène plus vaste d'individualisation⁸⁶¹ ou de personnalisation de l'être conçu par ses parents⁸⁶² : « Une série d'évolutions sociales ont accompagné cette conception de l'embryon-fœtus qui, sans être une personne, est un être humain. Si ce n'était pas le cas, pourquoi en montrerait-on des images toujours plus sophistiquées aux futurs parents, pourquoi en dévoilerait-on le sexe à l'avance, pourquoi lui prodiguerait-on des soins in utero, pourquoi le droit aurait-il admis et même organisé sa

⁸⁵⁷ AN, séance 2 du 28 avril 1992, David Bohbot, p. 746. Dans le même sens, AN, séance 1 du 28 avril 1992, Michel Vauzelle, p. 724. Voir aussi, DEJOIE L., *Rapport sur le projet de loi adopté par l'AN, modifiant le code civil, relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, n° 76, 1993, p. 51 ; BINET J.-R., « Protection de la personne. Principes », *op. cit.* : « La finalité de la règle posée par l'article 79-1, alinéa 2 du Code civil, ne peut être comprise qu'au regard de ce que constitue, pour des parents, la perte d'un enfant à naître, qu'elle soit accidentelle ou bien provoquée dans le cadre de l'interruption médicale de grossesse. C'est cette douleur qui fonde la possibilité de l'acte d'enfant sans vie dont l'unique objet est d'inscrire l'être précocement disparu dans l'histoire de la famille. Car, en effet, l'enfant perdu ne saurait être le néant, sa trop courte vie doit pouvoir être racontée à ses frères et sœurs. Il doit être possible d'en parler, de le nommer. De sa vie in utero, l'acte d'enfant sans vie constitue le témoignage sur lequel la mère et le père pourront se fonder pour accomplir un travail de deuil absolument nécessaire. Voilà la finalité de la loi » ; MURAT P., « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *op. cit.*, p. 451.

⁸⁵⁸ NEIRINCK C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *op. cit.*, p. 841.

⁸⁵⁹ La CEDH utilise d'ailleurs le terme de « proche » ; CEDH, *Marić v. Croatie* 12 Juin 2014, n° 5013212, §64.

⁸⁶⁰ Aujourd'hui, les parents voient dans les images des échographies les premières photographies de l'enfant et l'être conçu devient, d'une certaine manière, un membre à part entière de la famille. Dès lors, sa disparition peut parfois nécessiter un véritable travail de deuil. Voir sur ce point, NEIRINCK C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *op. cit.*, p. 841 ; BELLIVIER F., ÉGEA P., « Les chemins de la liberté. Petite leçon de biopolitique », *op. cit.*, p. 647 ; BALESTRIERO V., « La situation de l'enfant mort-né », *op. cit.*, p. 81 ; DEJOIE L., *Rapport sur le projet de loi adopté par l'AN, modifiant le code civil, relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, *op. cit.*, p. 51. Voir aussi, CEDH, *Marić v. Croatie* 12 Juin 2014, n° 5013212, §64.

⁸⁶¹ En ce sens, MURAT P., « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *op. cit.*, p. 451.

⁸⁶² En ce sens, SAINTE ROSE J., « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *Dalloz*, 2001, p. 2917.

reconnaissance prénatale ?»⁸⁶³. C'est la même logique qui explique l'indemnisation des préjudices résultant de la perte du fœtus *in utero*. C'est la douleur de la *femme enceinte* ou du *couple* qui est alors indemnisée⁸⁶⁴. La CEDH, dans sa décision de 2005, insiste elle aussi sur la prise en compte des sentiments des requérants. Ce n'est pas la vie biologique *en tant que telle* qu'elle reconnaît.

288. Le statut de la vie anténatale *varie*, dès lors, en fonction du regard que ses proches portent sur lui. Il n'est pas immuable car ce n'est pas la vie *nue* que le droit civil protège. Tel n'est pas non plus le cas du droit pénal. Le droit pénal procède, lui aussi, à une *catégorisation* entre les différentes formes de vie, même si les acteurs juridiques affirment que le droit pénal tend à protéger l'être humain de manière continue de sa conception à sa mort⁸⁶⁵.

Sous-section 2. Le statut variable de la vie nue en droit pénal

289. Le droit pénal fixe, lui aussi, des *critères* et des *seuils* pour distinguer l'être humain de la personne humaine : tous les êtres humains nés n'accèdent pas nécessairement au statut de personne humaine. De nouveau, de cette différence entre les catégories **(I)** découle une différence dans les protections juridiques des différentes formes de vie humaine **(II)**.

I. L'être humain et la personne humaine : des catégories distinctes en droit pénal

290. Parce que le droit pénal est censé protéger les valeurs sociales de notre société au sein desquelles s'inscrit le droit à la vie⁸⁶⁶, il est souvent affirmé que la protection accordée à l'être humain est bien plus importante en droit pénal qu'en droit civil. Le statut de l'être humain serait invariable en droit pénal **(A)**. Cependant, malgré la prégnance d'un tel discours, l'analyse du droit positif relève qu'il *catégorise* entre les différentes formes de vie. Le statut de l'être humain en droit pénal est *variable* **(B)**.

⁸⁶³ BELLIVIER F., ÉGEA P., « Les chemins de la liberté. Petite leçon de biopolitique », *op. cit.*, p. 647.

⁸⁶⁴ La perte fœtale est indemnisée au titre des préjudices extra-patrimoniaux dont l'évaluation est, du moins en partie, subjective ; prenant avant tout en compte la souffrance évoquée par la victime. C'est cette même subjectivité qui conduit le juge à indemniser la perte d'un animal de compagnie, sans pour autant considérer qu'il s'agit d'une personne humaine. Voir, MARGUÉNAUD J.P., « La réparation du préjudice consécutif à la mort d'un animal », *Dalloz*, 1993, p. 353.

⁸⁶⁵ Cette idée est particulièrement visible en Allemagne. Voir notamment, GROPP W., in *Münchener Kommentar zum StGB*, §218, 3^{ème} édition, 2017, Rn 92 ; WAGNER G., in *Münchener Kommentar zum BGB*, §823 Schadensersatzpflicht, 7^{ème} édition, 2017, Rn. 165-167 ; DI FABIO/MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, Article 2, septembre 2017, Rn. 24-26.

⁸⁶⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1). Voir aussi, BAUD J.P., *Le droit de vie et de mort - archéologie de la bioéthique*, Alto, 2001 p. 56 ; BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 192.

A. L'affirmation d'un statut unique de la vie

291. Avant la consécration d'une liberté procréative négative⁸⁶⁷, la protection de l'être humain par le droit pénal ne semble faire aucun doute : les atteintes portées à la vie anténatale étant sanctionnées par les dispositions interdisant l'avortement, le statut de la vie est volontiers présenté comme invariable par une partie de la doctrine (1). Même après la libéralisation de l'avortement, qui modifie profondément la protection de la vie anténatale, l'idée selon laquelle le droit pénal continuerait de protéger la vie de manière continue, égale et linéaire reste cependant largement partagée. L'IVG est ainsi perçue et présentée comme une *exception* au principe de protection continue de la vie et le discours doctrinal affirme l'invariabilité du statut de l'être humain, comme il ne l'avait jamais fait auparavant (2).

1. Avant la libéralisation de l'IVG

292. Avant 1975, en France et en Allemagne, l'interdiction par les différentes législations pénales de l'avortement (a) permet à la doctrine d'affirmer que le statut de l'être humain est invariable, que l'être conçu - l'être humain - est *per se* protégé par le droit (b).

a. L'interdiction de l'avortement : une protection pour la vie

293. Sous l'Antiquité, l'avortement n'intéresse que peu les lois de la cité et n'est pas sanctionné⁸⁶⁸. Sous l'influence du christianisme, la question de l'avortement devient une question morale⁸⁶⁹. De ce fait, elle sort progressivement de la sphère privée⁸⁷⁰. En effet, l'influence religieuse participe à une *humanisation* du fœtus, et à un renforcement de la protection accordée à la vie anténatale. À partir du 16^{ème} siècle, l'État s'intéresse directement à cette question, doublant la sanction morale d'une sanction juridique⁸⁷¹. En France, l'édit d'Henri II de 1556 déclare que

« toute femme qui se trouvera dûment convaincue d'avoir celé, couvert ou occulté tant sa grossesse que son enfantement sans avoir déclaré l'un ou l'autre et avoir pris de l'un ou l'autre témoignage suffisant même de la vie ou mort de son enfant lors de l'issue de son ventre et qu'après se trouve l'enfant avoir été privé tant du saint sacrement du baptême que sépulture publique et accoutumée, soit telle femme tenue et réputée d'avoir homicidé son enfant et pour réparation punie de mort et dernier supplice »⁸⁷².

⁸⁶⁷ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

⁸⁶⁸ JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, Beck'sche Reihe, 1993, p. 124 ; BEAUD J.P., *Le droit de vie et de mort - Archéologie de la bioéthique*, *op. cit.*, p.12.

⁸⁶⁹ Voir sur ce point LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français*, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁷⁰ Voir également BOLTANSKI L., *La condition fœtale - une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Paris, Gallimard, 2004, p. 37.

⁸⁷¹ Cf. *supra* (chapitre 2, sous-section 1).

⁸⁷² Édit de 1556.

294. Si c'est en réalité pour protéger son pouvoir monopolistique de *vie et de mort* que le souverain édicte de tels textes⁸⁷³, ce texte marque, malgré tout, le début d'une protection pénale de la vie anténatale.

295. En France, l'article 17 du Code pénal français de 1791 maintient le crime d'avortement⁸⁷⁴. Le Code pénal de 1810 précise que le consentement de la femme n'est jamais susceptible de constituer un fait justificatif à l'infraction et que l'auto-avortement est également pénalisé⁸⁷⁵. De plus, les lois de 1920⁸⁷⁶ et 1923⁸⁷⁷ durcissent le régime. Elles sont appliquées sévèrement, le juge estimant que « *le délit d'avortement constitue dans son essence un attentat contre l'enfant dont le législateur a entendu protéger le droit à l'existence dès la période de gestation* »⁸⁷⁸. La loi du 15 février 1942 est la plus dure de toutes : les femmes concernées encourent la peine de mort⁸⁷⁹. Même si la loi de 1942 disparaît avec le régime de Vichy, la pénalisation persiste jusqu'en 1975.

296. En Prusse, la *Lex Carolina* de 1532 dispose que

*« celui qui de propos délibéré et par malice, soit avec violence, nourriture ou boisson, fera avorter une femme d'un enfant en vie, de même que celui qui procurera la stérilité à un homme ou à une femme, sera condamné ainsi que l'homicide ; si c'est un homme, il sera décapité, si c'est une femme, quoiqu'elle l'eût exercé contre elle-même, elle sera précipitée dans l'eau, ou subira une autre peine capitale ; mais dans le cas que l'enfant n'eût point encore la vie, les juges, comme il sera dit à la fin de cette ordonnance, se conformeront à l'avis des Gens de Loi pour savoir la punition qu'il conviendra de prononcer »*⁸⁸⁰.

297. En protégeant là aussi le pouvoir monopolistique de *vie et de mort* du souverain, le texte renforce la protection de la vie anténatale. Le Code pénal de 1794 maintient l'interdiction de l'avortement⁸⁸¹. Le Code de 1851 précise cette fois que l'avortement est sanctionné en tant « *qu'atteinte à la vie* »⁸⁸², faisant de la vie anténatale un bien explicitement protégé par le droit⁸⁸³. En 1871, le nouveau Code pénal allemand réaffirme l'interdiction de l'avortement et donc *a fortiori* la

⁸⁷³ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁸⁷⁴ Article 17 du Code pénal (version de 1791).

⁸⁷⁵ Article 317 du Code pénal (version de 1810).

⁸⁷⁶ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, 1 août 1920 p. 3666.

⁸⁷⁷ La loi du 27 mars 1923 modifiant les dispositions de l'article 317 du Code pénal sur l'avortement.

⁸⁷⁸ Tribunal correctionnel de Colmar, 11 mai 1950, *Gazette du Palais*, 27 février 1950. ; Colmar, 31 juillet 1950, *Gaz. Pal.*, 1950.2.189 : « *L'avortement, prévu à l'article 317 CP et rangé parmi les infractions contre les personnes, a pour but de protéger l'enfant à naître, encore dépourvu de personnalité civile* ».

⁸⁷⁹ Loi du 15 février 1942 relative à la répression de l'avortement. Voir, POLLARD M., « Vichy et l'avortement, le contrôle du corps et le nouvel ordre moral dans la vie quotidienne », in FISHMAN S., LEE DOWNS L., SINANOGLU I., SMITH L., ZARETSKY R. (dir.), *La France sous vichy - autour de Robert o Paxton*, Paris, Éditions complexe, 2004, p. 205.

⁸⁸⁰ §133 *Lex Carolina*.

⁸⁸¹ §988 APL : « *L'avortement réalisé par un tiers sans le consentement de la femme encourt une peine de 10 ans à perpétuité* ». De plus, la seule tentative est réprimée (d'une peine minimum de 6 mois à 1 an de réclusion) ce qui indique la gravité de l'acte.

⁸⁸² §181 APL : « *L'avortement est puni d'une peine maximale de 5 ans même si la femme a consenti* » ; §182 APL : « *La peine augmente de 5 à 20 ans de réclusion si l'avortement est pratiqué sans le consentement de la femme* ».

⁸⁸³ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

protection de la vie anténatale⁸⁸⁴. Aujourd'hui, le Code pénal - même s'il autorise sous conditions l'IVG - continue de sanctionner, par principe, l'avortement afin de protéger l'être conçu⁸⁸⁵.

298. Ces différentes législations pénales sont interprétées comme illustrant la protection pénale continue de l'être humain, en France et en Allemagne et, partant, l'existence d'un statut invariable de la vie en droit pénal.

b. L'interdiction de l'avortement : preuve d'un statut unique de la vie ?

299. Selon une partie de la doctrine, ces dispositions pénales relatives à l'avortement montrent que

*« jusqu'en 1975, il est clair que, pour le droit, l'enfant conçu quelle que soit la durée de la conception est un être humain. L'atteinte à sa vie est incriminée par le droit pénal au titre des atteintes à la personne sous la qualification d'avortement. La seule dérogation est la concurrence entre la vie de la mère et la vie de l'enfant. Seule la vie d'un autre être humain peut justifier l'atteinte à la vie de l'enfant conçu »*⁸⁸⁶. En effet, « une législation pénale réprimant l'avortement s'avérait suffisante à la protection de l'embryon »⁸⁸⁷.

300. De manière plus générale, ce courant doctrinal considère que la vie biologique est une valeur protégée du droit pénal et un processus continu qu'il protège dès la conception⁸⁸⁸ indépendamment de tout autre critère et notamment celui de l'attribution de la personnalité juridique⁸⁸⁹. Ainsi, il est possible de lire que « tout être humain vivant devrait pouvoir être couvert par le bouclier de la loi »⁸⁹⁰, que « l'embryon est un être humain qui jouit, en tant que tel, de la protection due à tout être humain »⁸⁹¹ ou que

*« la vie du fœtus est protégée par le droit pénal. Elle est une valeur prise en compte [...] Le bénéfice de cette garantie n'est pas autrement conditionné que par la vie elle-même, elle est la seule référence à la promesse d'en assurer protection et respect. Il n'est pas question d'intervenir sur d'autres critères, notamment [...] aux notions de personne ou de personnalité. [...] La vie de l'enfant à naître est donc bien protégée pour ce qu'elle représente en soi de valeur »*⁸⁹².

⁸⁸⁴ §218 StGB : « Une femme enceinte qui avorte ou tue volontairement le fruit de sa procréation encourt une peine de prison jusqu'à 5 ans. S'il existe des circonstances atténuantes la peine ne peut être inférieure à 6 mois. Ces dispositions s'appliquent même si l'auteur a agi avec le consentement de la femme ».

⁸⁸⁵ §218 StGB.

⁸⁸⁶ MIRKOVIC A., *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, op. cit., p. 58.

⁸⁸⁷ MATHIEU B., « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *Dalloz*, 1999, p. 451.

⁸⁸⁸ PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu », *Dalloz*, 2001, p. 2907 : « C'est l'idée de vie ab initio qu'il faut affirmer haut et clair ».

⁸⁸⁹ SAINTE ROSE J., « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *Dalloz*, 2001, p. 2917 : « Notre droit positif appréhende globalement la vie humaine dès son commencement et tend à promouvoir comme à protéger l'être humain au-delà de la personne juridique ».

⁸⁹⁰ VIGNEAU D., « L'atteinte volontaire, de la part d'un médecin, à la vie de l'enfant à naître n'entre pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal », *Dalloz*, 1999, p. 713.

⁸⁹¹ BINET J.R., « Protection de la personne. Principes », op. cit.

⁸⁹² MAYAUD Y., « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC*, 1999, p. 813.

301. Ces auteurs soulignent la « *protection nécessaire de la vie humaine dès le commencement de la vie humaine* »⁸⁹³. En effet, même avant la naissance, « *la vie existe. Elle se déroule comme un continuum de la conception à la naissance. Elle appelle protection* »⁸⁹⁴. Ce courant considère ainsi que le droit pénal se doit de protéger la vie anténatale : « *Le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie semble pouvoir être appréhendé non comme un principe conférant des droits à l'enfant à naître mais comme une règle imposant à tous, et notamment au législateur, le devoir de respecter la vie humaine* »⁸⁹⁵ car « *le droit pénal, à la différence du droit civil, s'intéresserait à la vie et protégerait non seulement les êtres humains jugés aptes à vivre mais tous les êtres humains vivants* »⁸⁹⁶. Ils prônent l'invariabilité du statut de l'être humain en droit pénal, considérant que « *don de la nature ou don de Dieu, la vie ne se découpe pas en tranche. Entière dès la conception, elle est entière jusqu'à la mort* »⁸⁹⁷.

302. À l'instar de la doctrine civiliste, une partie de la doctrine pénale prescrit davantage l'invariabilité de la protection pénale de l'être conçu qu'elle ne l'observe⁸⁹⁸. Ces propos - parfois tautologiques (« *l'embryon est un être humain qui jouit, en tant que tel, de la protection due à tout être humain* »⁸⁹⁹) - entretiennent la confusion sur le statut de l'être humain en droit pénal. Ils insistent sur le caractère continu de la vie sur le plan biologique et prônent l'impérativité pour le droit de se rattacher à ce qu'ils considèrent être une vérité scientifique. Par ce biais, ils tendent à invisibiliser les catégorisations entre les différentes formes de vie auxquelles le droit procède.

303. L'idée de l'invariabilité du statut de la vie en droit pénal persiste, voire se renforce, après la légalisation de l'IVG qui autorise pourtant expressément qu'il soit porté, dans certains cas, atteinte à la vie anténatale.

⁸⁹³ ROUJOU DE BOUBÉE G., LAMY (de) V., « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *Dalloz*, 2000, p. 181.

⁸⁹⁴ MÉMETEAU G., « La situation juridique de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 611. Dans le même sens : les propos de Gérard Cornu cités par PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu », *Dalloz*, 2001, p. 2907 : « *Le respect de l'être humain est un engagement formel de la société, une proclamation de valeur : dès la conception, l'être humain doit être respecté* » ; MAYAUD Y., « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC.*, 1999, p. 813 : « *Respect est dû à tout être humain dès le commencement de la vie, parce que la vie est par essence le support de son humanité* ».

⁸⁹⁵ HENNION-JACQUET P., « Le droit pénal n'est pas l'armurier des innocents : à propos de la protection pénale de l'enfant conçu », *RDS*, 2008, p. 67.

⁸⁹⁶ JOLY S., « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain - à propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *op. cit.* En ce sens, ROUJOU DE BOUBÉE G., LAMY (de) V., « Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus », *Dalloz*, 2000, p. 181.

⁸⁹⁷ TAISNE J.J., « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes », *op. cit.*, p. 25 ; VIGNEAU D., « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Droit de la famille*, 2000, Chronique n° 11 : « *L'objet de la protection pénale doit être moins la personne appréhendée dans sa dimension juridique que saisie dans son humaine nature* ».

⁸⁹⁸ A nouveau, c'est d'ailleurs souvent pour critiquer le droit positif qu'elle intervient, lorsqu'elle considère que celui-ci n'a pas respecté la *valeur* supérieure de la vie, qui s'impose pourtant à lui. En Allemagne, ces auteurs se fondent pour ce faire sur les décisions de la Cour constitutionnelle allemande, indépendamment des conséquences concrètes qu'elles peuvent effectivement avoir. Voir notamment, SCHMIDT-BLEIBTREU B., HOFMAN H., HOPFANG A., *GG Kommentar*, Article 2, §64, 12^{ème} édition, p. 191.

⁸⁹⁹ BINET J.R., « Protection de la personne. Principes », *op. cit.*

2. Après la libéralisation de l'IVG

304. Même après la légalisation de l'IVG, un discours doctrinal particulièrement riche continue à soutenir l'immutabilité du statut de la vie, valeur protégée par le droit dès sa conception (**b**)⁹⁰⁰. Elle se fonde sur des éléments de droit positif introduits après 1975 pour affirmer que le droit pénal protège effectivement « *l'être humain dès le commencement de sa vie* »⁹⁰¹ et ne distingue pas l'être humain de la personne humaine (**a**).

a. Analyse du droit positif

305. L'affirmation du statut invariable de la vie en droit pénal se retrouve tant dans le droit positif français (**aa**) qu'allemand (**bb**) puisqu'ils présentent tous deux l'IVG comme une simple *exception* à un principe persistant de protection de la vie dès la conception.

aa. Le droit français

306. En France, la protection continue de la vie humaine n'est pas consacrée à l'échelle constitutionnelle : ni par les textes constitutionnels, ni par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁹⁰². Lorsqu'il est amené à contrôler la constitutionnalité des lois successives sur l'avortement, les décisions du Conseil constitutionnel sont brèves et évasives : en 1975, le Conseil se cantonne à énoncer que, dans la mesure où la loi respecte la liberté de conscience des professionnels de ne pas pratiquer une IVG et que l'atteinte à la vie de l'être humain n'est possible qu'en cas de nécessité et sous conditions, elle n'est pas inconstitutionnelle⁹⁰³. En 2001, alors que la loi étend le délai d'IVG de 10 à 12 semaines, le Conseil se contente de réaffirmer le caractère constitutionnel de la loi, estimant que le législateur n'a pas rompu l'équilibre entre, d'une part la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part,

⁹⁰⁰ Voir notamment SAUTEL O., « Récidives... Brèves considérations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 2002 », *Dalloz*, 2002, p. 2475 ; MIRABEIL S., « Il ne saurait y avoir d'homicide involontaire sur un fœtus », *Dalloz*, 2003, p. 243 ; MAYAUD Y., « Stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître », *op. cit.*, p. 95 ; PLANCKEEL F., « La naissance pénale de l'enfant », *Dalloz*, 2003, p. 660.

⁹⁰¹ Article 1 de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁹⁰² Conseil constitutionnel, QPC n° 2010-39 du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30 : « Rappelant les limites de son contrôle, il a jugé qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en matière de filiation et d'autorité parentale, de la différence particulière de l'enfant élevé par deux personnes de même sexe. [...] cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur » dans son commentaire de la. Voir pour une comparaison des instances constitutionnelles France/Allemagne, notamment, BASSET A., *Pour en finir avec l'interprétation*, *op. cit.*, p. 356.

⁹⁰³ Conseil constitutionnel, DC n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, « La loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ».

la liberté de la femme⁹⁰⁴. En 2014, il énonce que la suppression de la condition de détresse ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle⁹⁰⁵.

307. En France, c'est au niveau législatif que l'idée d'une protection continue, voire ontologique, de la vie apparaît. Tout d'abord, une analyse des débats parlementaires relatifs à la loi de 1975 sur l'avortement montre qu'en deçà des points de divergence entre les défenseurs et les opposants de la dépénalisation de l'avortement, tous semblent reconnaître que la vie du fœtus *in utero* devrait bénéficier d'une protection⁹⁰⁶. Ainsi, les opposants à la libéralisation affirment que « *pour ce qui concerne la vie de l'être nouveau depuis la fécondation, il n'y a pas de date avant laquelle on peut être autorisé à le tuer* »⁹⁰⁷. Ils contestent implicitement les processus de *catégorisation* et de *hiérarchisation* induits par la libéralisation de l'IVG : « *Gardons-nous d'un premier abandon qui risque de conduire, de proche en proche, à d'autres abandons qui finiraient par menacer toute forme de vie amoindrie, qu'elle soit infirme, anormale, malade ou sénile* »⁹⁰⁸. Mais les défenseurs du projet entendent également affirmer la valeur de la vie. Simone VEIL déclare ainsi que « *la vie est une valeur suprême* »⁹⁰⁹ et une autre députée concède qu'« *effectivement, il s'agit de l'interruption délibérée d'une vie potentielle, d'une vie unique, spécifique. Et, quels que soient les débats sur l'origine de la vie, que cette vie soit conçue comme évolution ou relation, l'avortement est bien la destruction d'une espérance de vie, d'une vie en puissance* »⁹¹⁰. Ces propos entendent ici insister sur le caractère *dérogatoire* de l'IVG au principe de protection de la vie anténatale.

308. L'article 1 de la loi de 1975 dispose d'ailleurs que « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie* »⁹¹¹. Cette formulation, reprise ensuite dans l'article 16 du Code civil, tend à présenter l'IVG comme une *exception*. Dans le même temps, elle invisibilise la catégorisation à laquelle procède pourtant la loi de 1975 en créant précisément une nouvelle catégorie juridique : celle d'*être humain*.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, considérant 5.

⁹⁰⁵ Conseil constitutionnel, DC n° 2014-700, 31 juillet 2014, « Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ». Voir aussi, Conseil constitutionnel, DC n° 2017-747, 16 mars 2017, « Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse ». Il considère que l'extension du délit d'entrave à l'IVG ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle.

⁹⁰⁶ AN, 26 novembre 1974, Jean Foyer, p. 7010 et suivantes ; se référant notamment à l'article 2 CESDH ; AN, 27 novembre 1974, Pierre Charles Krieg, p. 7021 ; AN, 27 novembre 1974, Jean Desanlis, p. 7021. Voir également, AN, 2 novembre 1974, Alexandre Bolo, p. 7022. ; AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 7000 ; AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Hélène Missoffe, p. 7003 ; AN, séance 1 du 26 novembre 1974, p. 7005 : « *Affirmer que la vie commence dès la conception - et, par voie de conséquence, que l'avortement est un infanticide - revient en effet à trancher un débat de nature philosophique qui oppose médecins, biologistes, sociologues et moralistes, et tel n'est évidemment pas le rôle du législateur. Quelle qualité avons-nous en effet, mesdames, messieurs, pour décider si le fait, incontestable, que dès la rencontre des deux cellules sexuelles s'engage un processus biologique, suffit à établir l'existence d'une vie humaine ? Ou bien, pour préférer la thèse selon laquelle il n'y a de vie humaine que consciente, c'est-à-dire s'inscrivant dans le cadre d'un système relationnel avec les autres, et en tout cas, dotée d'une autonomie minimale ?* ».

⁹⁰⁷ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Jean Foyer, p. 7010.

⁹⁰⁸ AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Alexandre Bolo, p. 7022.

⁹⁰⁹ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil p. 7002.

⁹¹⁰ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Hélène Missoffe, p. 7003.

⁹¹¹ Article 1 de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

309. Cette disposition a d'ailleurs été interprétée par le juge comme affirmant un principe de protection de l'être humain dès sa conception. Ainsi, en 1996, la Cour d'appel de Chambéry estime que

« le législateur a posé et maintenu dans le cadre des réformes successives le principe fondamental du droit à la vie et celui du caractère d'exception de l'interruption de grossesse [...]. Les articles L162-1 et suivants définissent les conditions dans lesquelles l'interruption volontaire de grossesse peut être pratiquée avant la fin de la dixième semaine [...] le législateur a voulu ainsi fixer des limites à l'intérieur desquelles une telle interruption était légale, étant précisé qu'elle constituait un délit si elle n'était pas pratiquée dans ces conditions limitatives »⁹¹².

310. Par ailleurs, la Cour de cassation précise dans un arrêt relatif de 2001 que le régime juridique de « l'enfant à naître relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus »⁹¹³, sous-entendant ici qu'il fait l'objet d'un régime de protection spécifique.

311. Ainsi, en raison notamment du caractère tout d'abord suspensif de la loi de 1975⁹¹⁴, l'IVG n'apparaît dans un premier temps que comme une *exception* au principe de protection et non comme sa remise en cause.

bb. Le droit allemand

312. Les dispositions de droit positif allemand peuvent également être interprétées comme maintenant, après la légalisation de l'IVG, un principe de protection continue de l'être humain.

313. À l'appui d'une telle interprétation, il est tout d'abord possible de se référer aux débats parlementaires de 1974 à 1976 sur la dépénalisation de l'IVG en Allemagne. On y voit que l'idée selon laquelle la vie anténatale doit être protégée par le droit semble unanimement partagée. Les défenseurs de la libéralisation déclarent en ce sens que « le législateur pensait, avec ces nouvelles dispositions sur l'avortement davantage protéger le droit à la vie du fœtus que ne le faisait l'interdiction stricte de l'avortement qui ne pouvait être effectivement appliquée »⁹¹⁵. Certains défenseurs de la libéralisation soutiennent en effet qu'une telle réforme, qui prévoit (comme en France à la même époque) d'autoriser l'IVG à la suite d'un entretien psycho-social obligatoire est plus protectrice de la vie qu'une législation pénale non appliquée. En effet, l'entretien est pensé comme susceptible de faire changer d'avis la femme enceinte sur l'interruption de sa grossesse et permettant, de ce fait, une protection de la vie

⁹¹² Voir en ce sens, CA Paris, 15 février 1996, cité par CC, chambre criminelle, 5 mai 1997, Bull.crim n° 168. Pour plus d'exemples, voir notamment MIRKOVIC A., *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, *op. cit.*, p. 91 et suivantes.

⁹¹³ CC, assemblée plénière, 29 juin 2001, n° 99-85973. Voir, notamment, sur cette décision, BOULOC B., « Notion de victime d'un homicide involontaire », *RSC*, 2002, p. 97 ; MAYAUD Y., « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Dalloz*, 2001, p. 2917 ; HAUSER J., « L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTD civ.*, 2001, p. 560.

⁹¹⁴ Article 2 de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975.

⁹¹⁵ Propos cités par BRUGGER, « Abtreibung - ein Grundrecht oder ein Verbrechen? - Ein Vergleich der Urteile des United States Supreme Court und des BVerfG », *NJW*, 1986, p. 896.

anténatale⁹¹⁶. La nécessaire protection de l'embryon *in utero* n'est donc pas contestée mais sert, en partie, l'argumentaire des libéraux.

314. À l'appui de l'idée selon laquelle l'IVG ne serait qu'une *dérogation* au principe de protection de la vie, on peut aussi se référer à la place de la disposition sur l'avortement dans le Code pénal⁹¹⁷. En effet, l'interdiction persiste dans le §218 du Code pénal allemand indiquant que la vie reste par principe, protégée. C'est ensuite un §218a du Code pénal allemand qui précise les cas pour lesquels l'avortement n'est pas pénalisé⁹¹⁸. Le §218a est donc présenté comme l'exception qui suit le principe énoncé dans le §218⁹¹⁹.

315. L'idée d'une protection continue de la vie se retrouve aussi dans les décisions de la Cour constitutionnelle allemande sur l'avortement. La Cour constitutionnelle affirme avec force l'existence d'une protection constitutionnelle de la vie anténatale, se fondant sur une conception expressément axiologique et ontologique de celle-ci. Pour le montrer, les deux décisions de la Cour constitutionnelle allemande sur l'avortement, de 1975 et de 1993, doivent être analysées.

316. Dans un arrêt du 25 février 1975⁹²⁰, la Cour invalide la loi du 18 juin 1974 relative à dépénalisation de l'avortement volontaire⁹²¹ en raison de sa non-conformité avec l'article 2 de la Loi fondamentale relatif au droit à la vie. Elle considère que « *la vie en développement au sein de la mère, tombe, en tant que bien juridique autonome, dans le champ d'application de l'article 2 alinéa 2 phrase 1 de la loi fondamentale* »⁹²². L'article 2 de la Loi fondamentale incarne un « *ordre de valeurs objectif* »⁹²³, ce qui signifie que la vie est une *valeur* dont le respect s'impose à l'ordre juridique⁹²⁴. Or, appréhender la vie comme une valeur emporte, selon la Cour, plusieurs conséquences.

⁹¹⁶ Proposition du SPD et du FDP à propos de la réforme pénale - Entschliessungsantrag, BT Drucksache 7/2042, 20 avril 1974.

⁹¹⁷ La loi de 1974 votée par le parlement est retoquée par la Cour constitutionnelle. La seconde loi mise en place en 1976 est moins libérale que la seconde ; cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

⁹¹⁸ Le texte indique « *ist nicht strafbar* ». Littéralement, cela signifie une absence de peine. Toutefois, ce que cela implique réellement n'est pas très clair : s'agit-il d'une absence de caractérisation de l'infraction (« *Der tatbestand ist nicht verwirklicht* »), d'un fait justificatif (« *Keine rechtswidrigkeit* ») ou d'une suspension de la peine (« *Aufhebung der Strafe* ») ? La troisième option est la plus souvent admise.

⁹¹⁹ Si l'on opte pour une interprétation systémique de la loi qui se fonde sur la place et la cohérence des dispositions les unes vis-à-vis des autres et qui les interprète au regard du « tout » que forme le système juridique - LOOSCHELDERS D., ROTH W., *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 149.

⁹²⁰ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

⁹²¹ Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts - cinquième loi portant réforme du droit pénal, 18 juin 1974, BGBLI, p. 1297. La loi prévoit un régime des « indications » (sociale, criminelle, médicale et eugénique) qui permet à la femme d'interrompre (dans un délai de 12 à 22 semaines en fonction des cas) sa grossesse si un médecin constate la présence de l'une de ces indications.

⁹²² BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1 considérant 1. La Cour s'appuie sur le fait que les constituants de 1949 aient hésité à inscrire explicitement dans le texte que la disposition protégeait également la « *vie en développement* ». Cela prouve, selon la Cour, que la vie anténatale avait été intégrée implicitement par le constituant originaire à l'article 2 LF.

⁹²³ *Ibid.*, §138 (servat).

⁹²⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

317. En premier lieu, cela suppose d'interdire toute forme de *hiérarchisation* entre différentes formes de vie. La Cour considère que la vie est un processus ininterrompu qui doit être protégé de manière continue par le droit. Dès lors, la catégorisation des différents stades de développement est, selon la Cour, interdite. Ni la naissance, ni l'acquisition de la personnalité juridique, ni la prise de conscience par un individu de sa propre existence ne peuvent constituer des seuils valables en droit pénal.

318. En second lieu, cela suppose de considérer que le respect de la *valeur* de la vie s'impose également à la femme enceinte.

319. En troisième lieu, il en découle des obligations positives pour le législateur. En effet, « *le devoir de protection de l'État n'interdit pas seulement des atteintes étatiques directement à la vie en développement* » mais impose également à l'État d'agir positivement pour favoriser la protection de la vie⁹²⁵. En principe, le législateur est libre des moyens mis en œuvre pour assurer la protection effective des droits fondamentaux et notamment du droit à la vie⁹²⁶ : il est libre de préférer des mesures préventives à des mesures répressives⁹²⁷ et de distinguer entre les mesures visant la protection de la vie postnatale et celle anténatale⁹²⁸. Cependant, la Cour considère ici que si les moyens de protection mis en œuvre ne sont pas assez efficaces pour protéger la vie anténatale - comme en l'espèce⁹²⁹ - elle peut imposer au législateur la mise en place d'un dispositif pénal contraignant⁹³⁰. En effet, dans la mesure où « *la finalité du droit pénal est, depuis toujours, de protéger les valeurs élémentaires de la communauté* »⁹³¹, le droit pénal poursuit une fonction axiologique et doit de ce fait de protéger *explicitement* la vie⁹³² afin qu'elle soit bien appréhendée comme une *valeur fondamentale* de l'ordre juridique. Or, la loi du 18 juin 1974 (qui suspend l'application de la peine pénale en cas d'avortement, pendant les 12 premières semaines de la grossesse) n'illustre pas une « *désapprobation*

⁹²⁵ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §149 : « *L'obligation de protection de l'État n'interdit pas seulement qu'il porte directement atteinte à la vie en devenir mais également de prendre des mesures positives pour assurer et favoriser la protection de la vie, cela signifie surtout qu'il doit la protéger contre des atteintes des tiers* ».

⁹²⁶ *Ibid.*, §153 : « *La manière dont l'État réalise son obligation de protection effective de la vie doit être, en première ligne, décider par le législateur* ».

⁹²⁷ *Ibid.*, §154 : « *Dans ce cas, le principe selon lequel la prévention doit être préféré à la répression vaut également pour le droit à la vie* ».

⁹²⁸ *Ibid.*, §158 : « *Le législateur n'est obligé, dès lors qu'il montre une désapprobation fondamentale de l'interruption de grossesse volontaire, à exprimer cette désapprobation par le biais de la menace pénale* ».

⁹²⁹ *Ibid.*, §198 : « *Cela est incompatible avec l'obligation de protection de la vie du législateur de ne pas désapprouver juridiquement l'interruption de grossesse en ne la plaçant pas sous la menace de la sanction pénale dès lors qu'elle est réalisée pour des raisons qui ne tiennent pas au regard de l'ordre de valeur* ».

⁹³⁰ *Ibid.*, §158 : « *En dernier lieu, lorsque l'obligation constitutionnelle de protection ne peut être réalisée par d'autres biais, le législateur peut être contraint d'avoir recours au droit pénal pour protéger la vie en devenir* ».

⁹³¹ *Ibid.*, §157 : « *La fonction du droit pénal a toujours été de protéger les valeurs élémentaires de la vie en société [...] dès lors l'intervention du droit pénal est sans aucun doute légitime. Il ne doit cependant être que le dernier recours, si aucun autre moyen efficace n'a été trouvé pour atteindre le même but* ».

⁹³² Une disposition pénale doit montrer la valeur et la signification du bien juridique qu'elle protège. En ce sens, voir la saisine des requérants : « *[Par cette loi], le législateur supprime la valeur de la vie, son appréhension éthique et sociale par la population, pendant les douze premières semaines de la grossesse. Il a été prouvé par la sociologie du droit que les normes pénales servent à créer une conscience éthique chez les citoyens* ».

juridique »⁹³³ suffisante de l'avortement⁹³⁴. Elle renvoie l'image d'une libéralisation presque totale de la pratique de l'avortement⁹³⁵, notamment car il est prévu que l'IVG soit prise en charge par la Sécurité sociale⁹³⁶. Pour la Cour, « *une désapprobation simplement formelle de l'avortement ne saurait suffire* »⁹³⁷. Les obligations positives de l'État en matière de droit à la vie imposent d'édicter des *menaces* pénales susceptibles d'influencer les jugements de valeur de la population et ses comportements⁹³⁸. En l'espèce, parce que la loi est trop peu explicite quant à sa désapprobation de la pratique, la réforme pénale ne permet pas une protection suffisante de la vie anténatale. La Cour juge par conséquent la loi de 1974 contraire à la Loi fondamentale. Seule l'interruption médicale de grossesse est légalisée en 1974. Ainsi, en 1975, concluant sans la moindre preuve empirique que le mécanisme de la consultation⁹³⁹ institué par le projet de loi de 1974 ne saurait protéger efficacement la vie anténatale - et ce, alors même qu'il est établi que les sanctions pénales de l'époque ne sont pas non plus efficacement mises en œuvre⁹⁴⁰ - la Cour inscrit sa jurisprudence dans le paradigme dominant du constitutionnalisme occidental qui opte pour une conception axiologique du droit constitutionnel⁹⁴¹ et notamment du droit à la vie. En se rattachant à une conception alexynienne des droits fondamentaux, selon laquelle « *il existe des connexions conceptuellement et normativement nécessaires entre le droit et la morale* »⁹⁴², la Cour limite ici les pouvoirs du législateur sur la question de l'avortement au nom de la primauté de la valeur de la vie.

320. En 1993, la Cour réaffirme la protection continue de la vie humaine. Cette année-là, la Cour est, à nouveau, confrontée à la question de la constitutionnalité de la libéralisation de l'avortement.

⁹³³ « *Rechtliche Missbilligung* ».

⁹³⁴ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §170 : « *La désapprobation de l'interruption de grossesse qui ressort de la constitution doit être apparaître de manière visible dans l'ordre juridique (même en dehors de l'ordre constitutionnel)* » ; *Ibid* : « *Chaque lecteur de la disposition doit avoir l'impression que par la suspension de la peine qu'implique le §218a la désapprobation juridique a disparu et que l'IVG est dorénavant autorisée sous conditions* ».

⁹³⁵ *Ibid* : « *Cela renvoie l'impression d'une libéralisation bien trop grande l'avortement* » ; Voir aussi, BAUMANN J., *Das Abtreibungsverbot des §218*, München, Lüchtherhand, 1971, p. 185.

⁹³⁶ *Ibid.*, §171 : « *De plus, les dispositions sociales [qui prévoient notamment la prise en charge financière de l'IVG] mènent définitivement à la conclusion, que l'interruption de grossesse pendant les 12 premières de la grossesse est un processus qui n'a rien de condamnable sur le plan juridique et qui devrait être, dès lors, encouragé socialement, voire même être facilité* ».

⁹³⁷ *Ibid.*, §176 : « *Une désapprobation législative formelle de l'interruption de grossesse ne suffit pas. Par la suspension de la peine est apparu un vide juridique qui rend la vie anténatale pleinement disponible à la volonté de la femme* ».

⁹³⁸ *Ibid.*, §178 : « *Déjà, la seule existence d'une menace pénale influence les représentations axiologiques et les comportements de la population (se référant au rapport de la commission spéciale de la réforme pénale. Elle doit aider la population à se faire une représentation exacte du légal et de l'illégal)* ».

⁹³⁹ Comme en France entre 1975 et 2001, l'une des conditions pour la non-pénalisation de l'IVG est que la femme se rende à une consultation, dite « psycho-sociale » pendant laquelle les enjeux et conséquences (tant médicaux que sociaux) de l'avortement lui sont expliqués. En Allemagne, cet entretien est clairement pensé à des fins dissuasive - voir le §219 StGB ; cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

⁹⁴⁰ La Cour en a bien conscience, mais l'explique par un manque de rigueur des autorités ; MUTH U., *Die Diskussion über einer Reform des strafrechtlichen Abtreibungsverbots in der BRD bis zum 15. Strafsänderungsgesetz vom 18.05.1976*, München, Herbert Utz Verlag, 1994, p. 150.

⁹⁴¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'embryon de l'Union », *RTDE.*, 2012, p. 355.

⁹⁴² TUSSEAU G., « Sur quelques écoles de définition des principes », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Économica, 2008, p. 92.

En effet, après la réunification de l'Allemagne, les anciens gouvernements de la RFA et la RDA - qui disposaient de régimes juridiques différents en matière d'avortement - doivent élaborer une nouvelle loi sur la question⁹⁴³. La loi du 27 juillet 1992, qui prévoit un régime dérogatoire à la pénalisation de l'avortement, est alors examinée par la Cour constitutionnelle. Dans un arrêt du 28 mai 1993, la Cour réaffirme que « *l'être conçu est protégé par les dispositions de l'article 2 alinéa 2 de la LF* »⁹⁴⁴, considérant que « *l'interruption de grossesse doit être en principe perçue comme illégale et juridiquement interdite. Le droit à la vie de l'enfant à naître ne peut pas, ne fût-ce que pour une durée limitée, être soumis à la libre décision d'un tiers, même si c'est celle de la mère* »⁹⁴⁵. L'État se doit de maintenir et développer dans la conscience collective l'idée selon laquelle l'être conçu est protégé par le droit pénal : « *La mission de protection oblige l'État à maintenir et à encourager dans la conscience générale l'idée d'un droit à la vie de l'être en devenir* »⁹⁴⁶. Malgré tout, la Cour accepte en l'espèce que, dans certains cas spécifiques, l'avortement puisse être autorisé si la femme se rend à une consultation psycho-sociale. Ainsi, elle admet qu'un mécanisme de consultation psycho-sociale complète l'action pénale⁹⁴⁷, voire s'y substitue, car le droit pénal n'est plus un outil adapté à la protection de la vie anténatale⁹⁴⁸. La Cour impose cependant qu'une interdiction de principe persiste dans le Code pénal afin que l'interruption de grossesse soit désapprouvée par le droit⁹⁴⁹ : toute pratique attentatoire à la *valeur* de la vie doit faire l'objet d'une désapprobation juridique explicite⁹⁵⁰.

321. Cette décision, à l'instar de celle de 1975, met en lumière le caractère *néo-naturaliste* des interprétations de la Cour constitutionnelle en matière d'avortement, à l'avant-poste d'une lecture ontologique des droits fondamentaux⁹⁵¹. En effet, son argumentaire est relativement

⁹⁴³ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

⁹⁴⁴ BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203, §152: « *La loi fondamentale impose à l'État de protéger la vie humaine, même à naître. L'obligation de protection est justifiée par l'article 1 alinéa 1 de la loi fondamentale - son contenu et sa mesure sont à déterminer avec l'article 2 alinéa 2 GG. La dignité humaine incombe à la vie humaine à naître. L'ordre juridique doit garantir les conditions juridiques de la mise en œuvre du droit individuel à la vie de l'être à naître* ».

⁹⁴⁵ *Ibid.*, considérant 3.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, considérant 10.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, considérant 11 : « *Rien n'empêche, constitutionnellement, le législateur de développer un nouveau concept de protection de la vie qui se fonderait, pour la première phase de la grossesse, sur la pierre angulaire de l'entretien psycho-social, afin de l'encourager à garder l'enfant et de renoncer pour cela sur un système fondé sur les indications* ».

⁹⁴⁸ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

⁹⁴⁹ *Ibid.*, considérant 4 : « *L'interruption de grossesse doit être, en principe, considéré comme illégal pendant toute la durée de la grossesse. Le droit à la vie de l'être conçu ne doit pas être, fût-ce pour un temps limité, être soumis à la disposition de la décision d'un tiers, y compris lorsqu'il s'agit de la femme* ».

⁹⁵⁰ *Ibid.*, §119.

⁹⁵¹ Voir notamment sur la question de l'interprétation des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle, pour une analyse critique, SCHÖNBERG C., « Anmerkungen zu Karlsruhe », in JESTAEDT M., LEPSIUS O., MÖLLERS C., *Das entgrenzte Gericht - eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 30 ; MÖLLERS C., « Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgericht », in JESTAEDT M., LEPSIUS O., MÖLLERS C., *Das entgrenzte Gericht - eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, op. cit. ; BASSET A., *Pour en finir avec l'interprétation : l'utilisation des techniques d'interprétation par les juges constitutionnels français et allemand*, op. cit. ; BASSET A., « Droits fondamentaux et droit constitutionnel : une confusion allemande », à paraître, p. 3 en particulier.

tautologique⁹⁵², comme le soulignent certains commentateurs. La Cour affirme finalement que « *la vie de l'être conçu doit être protégée au nom du droit à la vie parce que l'article relatif au droit à la vie protège la vie* »⁹⁵³. C'est aussi une conception ontologique de la vie, sous-tendue par une rhétorique axiologique, qui l'aide à imposer son raisonnement. La référence à la *valeur* de la vie, dans le contexte historique et politique allemand, suffit, à elle seule, à légitimer la désapprobation de l'avortement⁹⁵⁴. Son raisonnement est, par ailleurs, renforcé par des références scientifiques qui lui permettent d'affirmer que la vie est - sur le plan biologique - un processus continu et que le droit se doit de respecter ce donné *naturel*.

322. Cela étant, la Cour ne rejette pas toute forme de *catégorisation* juridique. Bien que la Cour affirme que la vie est un processus continu qui ne saurait être segmenté, elle considère que la question de la protection de la vie ne se pose, en l'espèce, qu'à partir du 14^{ème} jour après la conception, c'est-à-dire au moment de la nidation⁹⁵⁵. Ce seuil s'explique par la volonté de la Cour de ne pas se prononcer sur la constitutionnalité des dispositifs intra-utérins qui empêchent la nidation. La Cour semble toutefois bien fixer un seuil à partir duquel le droit pénal protège la vie⁹⁵⁶, faisait précisément ce qu'elle prétend interdire⁹⁵⁷. En refusant de se prononcer sur la vie qui précède la nidation, elle admet que le législateur procède à une catégorisation entre la vie avant et après la nidation, tout en lui reprochant, par le même temps, de procéder à une telle catégorisation

⁹⁵² BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §134 : « *La protection de l'existence humaine contre des atteintes de l'État ne serait pas complète si elle ne comprenait pas l'étape préliminaire de la vie à naître* ».

⁹⁵³ HOERSTER N., « Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht ? », *JUS*, 1989, Heft 3, p. 172 et suivantes.

⁹⁵⁴ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §133 : « *La protection de l'existence humaine contre les atteintes étatiques ne serait pas entière si elle ne comprenait pas la protection des stades de vie préalables à la naissance* ». Voir sur l'utilisation par la Cour d'arguments d'axiologiques comme arguments d'autorité, BASSET A., *Pour en finir avec l'interprétation : l'utilisation des techniques d'interprétation par les juges constitutionnels français et allemand*, *op. cit.*, p. 76. De manière plus générale sur l'utilisation d'arguments axiologiques, SOREL J.M., « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international : le côté obscur de la force », in SOREL J.M., HENNETTE-VAUCHEZ S., *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde*, *op. cit.*, p. 218 : « *On ressent alors une forme de prise en otage émotionnelle car être contre la constitutionnalisation reviendrait à être contre les droits de l'homme. Or, si le processus - la constitutionnalisation - est critiquable, le fond - le nécessaire respect des droits de l'homme - ne l'est pas* ». Et sur les processus de légitimation que la Cour utilise, MÖLLERS C., « Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts », in JESTAEDT M., LEPSIUS O., MÖLLERS C., *Das entgrenzte Gericht - eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 297.

⁹⁵⁵ Afin, notamment, que certaines techniques contraceptives ne soient pas interdites.

⁹⁵⁶ La doctrine ne suit toutefois pas consensuellement la Cour sur ce point. Si certains auteurs considèrent effectivement que la nidation marque le début du droit à la vie (par exemple, STARCK, in MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Article 2, alinéa 2, 1999, Rdnr. 176 ; DREIER H., « Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes », *op. cit.*, p. 381 ; HOFMANN H., « Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation - Wissenschaft im rechtsfreien Raum », *JZ*, 1986, p. 253) ; d'autres - nombreux - estiment que le droit à la vie commence dès la fécondation : par exemple, MURSWIEK, in SACHS M., *Grundgesetz, Kommentar*, Article 2, 3^{ème} édition, 2003, Rn. 143, 145 ; SCHULZE-FIELTITZ, in DREIER, *Grundgesetz, Kommentar*, Article 2 alinéa 2, Bd. I, 2^{ème} édition, 2004, Rn. 29). Pour les détails du débat, voir notamment, MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, Article 2 alinéa 2, 81. september 2017, Rn. 24-26.

⁹⁵⁷ Par ailleurs, la Cour aurait tout aussi pu considérer que le rejet, par le constituant, de l'intégration expresse de la vie anténatale au sein de l'article 2 impliquait un refus de sa protection. Son interprétation en faveur de sa protection résulte donc d'une préférence de sa part en faveur d'une telle lecture. Pour une critique de ce choix (et des justifications de la Cour dans cette décision), voir, HOERSTER N., « Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht ? », *JUS*, 1989, Heft 3, p. 172 et suivantes.

en ce qui concerne d'autres stades d'évolution de la vie⁹⁵⁸. De plus, la Cour admet l'interruption thérapeutique de grossesse si la poursuite d'une grossesse est « *intolérable* »⁹⁵⁹ pour la femme. Elle admet donc que la vie anténatale puisse être moins protégée que la vie postnatale (celle de la femme enceinte) s'il existe une indication médicale. Elle procède donc bien à une hiérarchisation entre différentes formes de vie⁹⁶⁰ : faisant primer la protection de la vie de la femme enceinte sur celle de l'être conçu.

323. Pourtant, ces décisions sont peu critiquées⁹⁶¹. Si certains auteurs, et certains juges dissidents⁹⁶² ont effectivement critiqué les aises prises par la Cour quant à l'obligation de pénalisation qu'elle impose au législateur⁹⁶³, ils n'ont en revanche quasiment jamais critiqué l'idée d'une protection constitutionnelle de l'être conçu, justifiée par la protection d'un ordre de valeur objectif⁹⁶⁴. De nombreux auteurs considèrent même qu'un droit à la vie existe depuis la fécondation - et non seulement depuis la nidation⁹⁶⁵. Cela s'explique sans difficulté par le contexte historique de l'Allemagne. Dans un contexte toujours profondément marqué par le nazisme dans les années 1970, les opposants à la dépénalisation tendent à assimiler nazisme et avortement⁹⁶⁶. Ces décisions permettent au contraire d'assoir, sans opposition marquée, l'idée selon laquelle l'ordre juridique protège toutes les formes de vie, c'est-à-dire *zoe*. Cette idée a été - et est toujours - diffusée par le discours doctrinal.

⁹⁵⁸ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, argument de la saisine, §115 : « *Depuis le droit canonique jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle, seule l'atteinte à la vie d'un fœtus "animé" était pénalement réprimée. Or, l'animation ne commençait qu'à partir du 80^{ème} jour de la grossesse [...] pendant longtemps jusqu'à l'apparition des premiers mouvements de l'enfant, l'avortement n'était que peu réprimé. C'est pour des raisons natalistes que le Code pénal Prusse pénalisait l'avortement. Toutefois, ce n'est qu'à partir de la 30^{ème} semaine (la viabilité) que la peine se durcissait [...] La vie anténatale n'a jamais été pénalement appréhendée comme la vie de la personne humaine. Preuve en est : même les opposants à l'IVG n'ont rien contre la réglementation sur l'IMG [...] finalement la question qui se pose ici est celle du poids à accorder aux intérêts de la mère tout en essayant de protéger autant que possible la vie du nasciturus [...]* » ; sur ce point également HOERSTER N., « Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht ? », *op. cit.*, p. 172 et suivantes.

⁹⁵⁹ « *Unzumutbar* »

⁹⁶⁰ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁹⁶¹ Il nous est impossible ici de citer ici l'ampleur de la littérature sur l'arrêt du 25 février 1975 de la Cour constitutionnelle. Nous renvoyons à la bibliographie - de presque une dizaine de pages - établie par KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.U., REINHARD M., *Strafgesetzbuch Kommentar*, §218, 5^{ème} édition, 2017.

⁹⁶² BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1 - *opinion dissidente* : « *Les juges émettent fortement des doutes quant au fait que l'ordre de valeurs objectif puisse, pour la première fois dans la jurisprudence constitutionnelle, mener à une obligation pour le législateur d'édicter des dispositions pénales, c'est-à-dire mener à une atteinte aussi fondamentale dans la liberté du citoyen* », ils précisent également que « *la vie de chaque personne humaine est naturellement une valeur centrale de notre ordre juridique. Il ne fait aucun doute que l'obligation constitutionnelle de protéger la vie comprend les stades précédents la naissance* ».

⁹⁶³ Voir notamment, MÜLLER-DIETZ H., JUNG H., §218. *Dimension einer Reform.*, Heidelberg, Decker, 1995, p. 77 et suivantes ; GRANDKE A., « *Kann Schwangerschaftsabbruch durch das Strafrecht verhindert werden ?* », *NJW*, 1990, p. 542 ; LAUFHÜTTE H.W., WILKITZKI K., « *Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch* », *JZ*, 1976 ; MÜLLER-DIETZ H., « *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierunggebote* », *Dreher-FS*, 1977, 97 ; DERS., « *Lebensschutz ohne Strafrecht* », *ZfL*, 1992, p. 3.

⁹⁶⁴ Sur l'existence d'un consensus, KRIELE M., « *§218 StGB nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes* », *ZRP*, 4/1975, p. 73 ; MUTH U., *Die Diskussion über einer Reform*, *op. cit.*, p. 165 et 166. Contra, pour une critique du droit à la vie, HOERSTER N., « *Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht ?* », *op. cit.*, p. 172 et suivantes ; MICHALSKI B., *Die Reformruine*, 1988, p. 31 ; PFORDTEN D., « *Gibt es Argumente für ein Lebensrecht des Nasciturus ?* », *ARSP*, 1990, p. 69 ; voir également, BRUGGER W., « *Abtreibung - ein Grundrecht oder ein Verbrechen? - Ein Vergleich der Urteile des United States Supreme Court und des BVerfG* », *NJW*, 1986, 896.

⁹⁶⁵ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁹⁶⁶ MICHALSKI B., §218 *Die Reformruine*, Berlin, DVK, 1988, p. 25.

b. Analyse du discours doctrinal

324. En France, la doctrine pénaliste continue - même après la libéralisation de l'IVG - de considérer que l'être humain est protégé de manière continue par le droit pénal⁹⁶⁷ et que subsiste un statut invariable de vie en droit pénal. Il est certain que la dépénalisation de l'avortement suscite des doutes chez certains auteurs quant à l'invariabilité de la protection accordée par le droit à l'être conçu. En ce sens, certains affirment que si « *la loi reconnaît à toute femme enceinte le droit d'interrompre sa grossesse jusqu'à la fin de la dixième semaine ; jusqu'à cette date, il faut donc bien admettre que l'embryon [...] n'a pas un droit à la protection de sa vie* »⁹⁶⁸. D'autres auteurs considèrent toutefois que « *la loi sur l'avortement érigeait une exception* »⁹⁶⁹. Ils interprètent l'article 1 de la loi qui dispose que « *le respect de tout être humain dès le commencement de la vie* » comme consacrant une « *exception, que seule la nécessité initialement caractérisée par l'état de détresse permet* »⁹⁷⁰. Ainsi, « *implicitement, la loi Veil consacre donc la reconnaissance par la loi de la qualité d'être humain de l'embryon dès le commencement de la vie, c'est-à-dire dès la fécondation* »⁹⁷¹. Une partie de la doctrine considère ainsi que « *la reconnaissance de l'avortement dans notre législation est parfaitement compatible avec l'affirmation, au sein du même système, d'un droit à la vie issu des conventions internationales, dès lors que l'interruption de grossesse est présentée comme une exception au principe admise seulement en cas de nécessité et selon des conditions légales strictement définies* »⁹⁷².

325. En Allemagne, les propos de la Cour constitutionnelle sont consensuellement interprétés par la doctrine pénaliste comme consacrant une protection de la vie anténatale et une protection continue de la vie humaine : « *Alors que les §211 à 216 et les §220 à 222 du Code pénal protègent la vie depuis la naissance, les §218 et suivants du Code pénal protègent la vie à naître en tant que bien autonome [...]. La Loi fondamentale oblige [...] l'État à protéger la vie de manière indifférenciée, ce qui implique de protéger aussi la vie à naître* »⁹⁷³. Il est même affirmé, en 2006, par la Chambre fédérale des médecins que « *la protection et le droit à la vie de l'embryon sont garantis à partir de la fécondation* »⁹⁷⁴.

⁹⁶⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁹⁶⁸ LOUVEL B., « Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance », *op. cit.*

⁹⁶⁹ HAUSER J., « L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTD Civ.*, 2001, p. 560.

⁹⁷⁰ BINET J.R., « Protection de la personne. Principes », *op. cit.*

⁹⁷¹ RAYMOND G., « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gazette du Palais*, 1993, 1, p. 524.

⁹⁷² MURAT P., « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *op. cit.*, p. 6. Voir aussi BOURG D., « Bioéthique : faut-il avoir peur ? », *Esprit*, mai 1991, n° 171, p. 31 ; RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (après la promulgation des lois bioéthiques) », *JCP*, 1994, I, n° 66, p. 3796.

⁹⁷³ HEINTSCHEL von HEINEGG W., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2010, §218a, Rn 1, p. 1428. Voir aussi, MATT/RENNIKOWSKI/SAFFERLING, *StGB-Kommentar*, §218a, Rn 1 ; KINDHÄUSER U., *Strafgesetzbuch*, Nomos Kommentar, 6^{ème} édition, 2015, 218, Rn 1., p. 810 ; LACKNER K., KÜHL K., *StGB Kommentar*, 27^{ème} édition, 2010, p. 1002 ; HIPPEL E., « Besserer Schutz des embryonen vor Abtreibung », *JZ*, 1986, p. 53.

⁹⁷⁴ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, 2006, Deutsches Ärzteblatt, Jg. 103, Heft 20, p. 1392.

326. Les ordres juridiques français et allemand affirment donc, à des niveaux normatifs différents et par le biais d'une rhétorique axiologique plus ou moins appuyée, protéger la vie anténatale. Cependant, même si en France comme en Allemagne, il semble exister un *principe* de protection de l'être humain, l'examen en droit positif des *règles* pénales applicables à l'embryon révèle que le droit pénal procède à des *catégorisations* entre les différentes formes de vie. Le seul fait qu'il distingue entre le statut de l'être humain et de la personne humaine, *décidant* des critères qui permettent ou non le rattachement de la vie anténatale à la catégorie des personnes humaines, montre qu'il n'existe pas de statut invariable à la vie : ce n'est pas *zoe* que protège le droit.

B. Indices de l'absence de statut unique de la vie en droit positif pénal

327. Le droit pénal distingue entre différentes formes de vie humaine. À la différence du droit civil qui distingue les êtres humains des personnes juridiques sur le fondement de l'attribution de la personnalité juridique⁹⁷⁵, le droit pénal distingue les êtres humains des personnes humaines sur le fondement de la *naissance*. Ce fondement est parfois considéré comme plus *objectif* ou *naturel* que celui qui permet l'attribution de la personnalité juridique en droit civil⁹⁷⁶. Choisir la naissance comme seuil procéderait ainsi d'une forme de naturalisation du début de la protection pénale de la personne humaine qui ne dépend pas d'une décision sociale potentiellement arbitraire⁹⁷⁷ mais d'un *fait*⁹⁷⁸. Cependant, il est possible de montrer qu'il s'agit d'un critère tout aussi arbitraire ou artificiel que ceux qui fondent l'attribution de la personnalité juridique. En ce sens, le critère de la naissance procède d'un *choix* et ne résulte pas d'un donné *naturel* dont les contours s'imposeraient à l'ordre juridique. En effet, le fait que le critère de la naissance varie tant dans l'espace (2) que le temps (1) fragilise la thèse selon laquelle la protection pénale de la vie serait fondée sur un fait biologique incontestable et permet de montrer que le législateur *décide* de distinguer le statut de l'être humain de celui de la personne humaine.

⁹⁷⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁹⁷⁶ Voir notamment, HETTERICH H., *Mensch und Person - Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit. Eine rechtshistorische - kritische Untersuchung zu §1*, *op. cit.*, p. 42 ; GRAUMANN S., « Die Geburt als Grenze zur Konstitution sozialer Personen, ihre historischen Wurzeln und ihre heutige Irritation durch Spätabbrüche und die Behandlung von Frühchen », in JOERDEN J., HILGENDORF E., PETRILLO N., THIELE F., *Menschenwürde in der Medizin : Quo vadis?*, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 21.

⁹⁷⁷ Telle que l'acceptation de l'enfant par son père de sous l'Antiquité, la lustration, le baptême au Moyen Age ou la déclaration à l'état civil par la suite.

⁹⁷⁸ GRAUMANN S., « Die Geburt als Grenze zur Konstitution sozialer Personen, ihre historischen Wurzeln und ihre heutige Irritation durch Spätabbrüche und die Behandlung von Frühchen », *op. cit.*, p. 21.

1. L'évolution des critères permettant la qualification de personne humaine : l'exemple de l'infanticide

328. Le droit pénal ne fonde pas le statut ou la protection de la vie sur une essence contraignante. Pour le montrer, il convient ici d'analyser l'évolution de l'encadrement juridique de l'infanticide. Elle permet d'observer la manière dont les critères de qualification de la personne humaine évoluent avec le temps. Jusqu'au 16^{ème} siècle, l'infanticide n'est pas saisi par le droit, ce qui signifie que la vie *biologique* n'est pas protégée *en tant que telle* par le droit pénal (a). Par la suite, alors que l'État s'intéresse, sous l'influence de la religion, à des pratiques susceptibles de porter atteinte à son pouvoir monopolistique de gestion de la vie, il pénalise l'infanticide. En sanctionnant l'atteinte portée à la vie d'une personne déjà née, il fait ainsi de la naissance le seuil d'applicabilité de la protection pénale de l'être humain, distinguant dès lors - sur ce critère - le statut de l'être humain de celui de la personne humaine (b).

a. L'infanticide, une pratique non saisie par le droit jusqu'au 16^{ème} siècle

329. Sous l'Antiquité, le critère de qualification de la personne humaine - par hypothèse protégée par le droit pénal - est fondé sur l'acceptation sociale. En effet, le patriarche possède le *pouvoir de vie et de mort* sur sa progéniture, ce qui lui permet d'accepter ou de refuser l'enfant⁹⁷⁹. Ainsi, le père peut décider de la mort du nouveau-né⁹⁸⁰, sans craindre d'être poursuivi pour infanticide⁹⁸¹. Le nourrisson n'a, ni existence sociale, ni existence juridique, et n'est pas protégé en tant que *seule vie biologique* (*ζωε*) jusqu'à son acceptation par son père (*patria potestas*)⁹⁸². Ce qu'il advient alors de lui⁹⁸³ n'intéresse pas la sphère publique mais reste confiné à la sphère privée⁹⁸⁴. « *L'infanticide est, non pas une tolérance, mais une institution fondamentale de l'Antiquité gréco-romaine. Faut-il, une nouvelle fois, invoquer Platon et Aristote pour montrer que l'Antiquité admettait et, même, encourageait l'infanticide pour limiter et sélectionner les naissances ?* »⁹⁸⁵. Il en va de même en droit germanique⁹⁸⁶ : l'atteinte à la vie n'est sanctionnée que si l'enfant est tué après une cérémonie, équivalente au baptême, nommée

⁹⁷⁹ BEAUD JP., *Le droit de vie et de mort - Archéologie de la bioéthique*, op. cit., 2001, p. 248.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ HANDKE H., *Die Kindstötung - rechtshistorisch und rechtsvergleichend*, Breslau, 1937, p. 4.

⁹⁸² SCHMIDLIN B., *Droit privé romain*, 2^{ème} édition, Basel, Helbing Lichtenhan, 2012, p. 114 : L'acceptation se traduit par le fait qu'il le prenne dans ses bras si c'est un garçon ou qu'il ordonne de l'alimenter si c'est une fille.

⁹⁸³ *Ibid* : Dans le cas contraire, le nouveau-né est *exposé*, c'est-à-dire abandonné, sur la voie publique, étouffé ou privé de nourritures.

⁹⁸⁴ Notons que la *patria potestas* se voit fortement adoucie par les mœurs, les coutumes et le droit sacré qui garantissent l'équilibre dans la vie communautaire de la famille ; voir sur ce point SCHMIDLIN B., *Droit privé romain*, op. cit. p. 114.

⁹⁸⁵ HANDKE H., *Die Kindstötung - rechtshistorisch und rechtsvergleichend*, op. cit., p. 4.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 10.

*Lustration*⁹⁸⁷. Avant celle-ci, l'enfant n'a pas d'existence sociale reconnue et peut également être tué par son père⁹⁸⁸. Ainsi, même si le critère d'acceptation sociale varie entre le droit romain et le droit germanique, l'idée reste la même : la vie biologique n'est pas protégée en tant que telle.

330. Sous l'influence du christianisme, l'infanticide devient en partie une question religieuse⁹⁸⁹. Par conséquent, elle fait l'objet de débats publics et d'interdictions morales officielles. La manière dont un nouveau-né doit être accueilli par la famille après sa naissance est alors prescrite par l'Église et l'infanticide sort de la sphère strictement privée. La vie étant divine, Dieu seul a le droit de vie ou de mort sur ses sujets. L'infanticide est présenté comme un péché⁹⁹⁰. La vie du nouveau-né doit être protégée⁹⁹¹. Cependant, si l'influence religieuse est fondamentale en ce qu'elle tend à sacraliser la vie humaine et qu'elle produit *via* le droit canon des obligations à l'égard des individus, la question de l'infanticide n'intéresse que très peu l'État jusqu'au 16^{ème} siècle.

b. L'infanticide, une pratique progressivement sanctionnée par le droit

331. À partir du 16^{ème} siècle, le droit intervient progressivement pour encadrer juridiquement la naissance de l'enfant. Dans l'Empire germanique, l'article 131 de la *Lex Carolina* de 1532 pénalise officiellement l'infanticide⁹⁹². En France, c'est l'édit d'Henri II de 1556⁹⁹³ qui punit de mort l'infanticide⁹⁹⁴. Ce texte oblige également chaque femme à déclarer sa grossesse : il interdit aux femmes « *d'accoucher occultement* ».

332. Aux 18^{ème} et 19^{ème} siècles, la pénalisation du crime d'infanticide est reprise par les codes pénaux modernes. Ainsi, en France, l'article 300 du Code pénal de 1810 dispose qu'« *est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né* »⁹⁹⁵. Il punit de mort l'auteur de ce crime. En Prusse, le Code pénal 1794⁹⁹⁶ puis le Code de 1871⁹⁹⁷ sanctionnent également le meurtre du nouveau-né. Dans les deux pays, la dureté de la peine s'explique par la volonté de protéger le *droit de vie et de mort*

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ Voir sur ce point LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français*, Paris, Montchrestien, 1958, p. 235.

⁹⁹⁰ GRAUMANN S., « Die Geburt als Grenze zur Konstitution sozialer Personen, ihre historischen Wurzeln und ihre heutige Irritation durch Spätabbrüche und die Behandlung von Frühchen », *op. cit.*, p. 15.

⁹⁹¹ *Ibid.* : bien qu'au début du Moyen-âge, il ne soit pas toujours distingué entre l'avortement et l'infanticide.

⁹⁹² Article 131 *Lex Carolina* : « *La femme qui secrètement par mauvaise volonté et de propos délibéré tuera son enfant, après qu'il aura reçu la vie et sa formation naturelle, sera condamnée suivant l'usage à être enterrée vive, et à périr à coups de pieux* ».

⁹⁹³ Édit du 11 février 1552.

⁹⁹⁴ BAUD J.P., *Le droit de vie et de mort - Archéologie de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 270. Voir également PORRET M., *Le crime et ses circonstances : de l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Librairie Droz, 1995, p. 208.

⁹⁹⁵ Article 300 du Code pénal (version de 1810).

⁹⁹⁶ §965 du Code prussien : « *Une mère qui tue volontairement son nouveau-né pendant ou après naissance, doit être punie de mort* ».

⁹⁹⁷ §217 StGB (version de 1871).

de l'État et par l'objectif de *faire vivre* de l'État moderne⁹⁹⁸. De plus, « *le meurtre d'un être sans défense est un crime encore plus horrible que l'homicide et il ne saurait donc être puni moins sévèrement* »⁹⁹⁹.

333. Cependant, Immanuel KANT considère, dans son ouvrage sur la métaphysique des mœurs en 1796, que l'infanticide ne devrait pas être trop sévèrement réprimé. En effet, il estime que, dans la mesure où la législation n'a pas le pouvoir de faire disparaître le déshonneur social lié à la naissance d'un enfant illégitime, elle ne doit pas non plus sanctionner les femmes qui intentent à la vie de leur nouveau-né. En conditionnant le statut de l'enfant au mariage de ses parents, le droit place les enfants nés hors mariage « *en dehors de la loi* » et leur dénie par conséquent toute forme de protection juridique. Étant donné que le droit ne reconnaît pas l'*existence* de ces enfants, il devrait aussi ignorer leur destruction. Dans un tel cas de figure, les personnes se retrouvent à l'état de nature et il n'est donc pas possible de considérer qu'elles ont commis un meurtre¹⁰⁰⁰. Si les ordres juridiques pénalisent certes l'infanticide, il est cependant possible d'observer, à l'aune des analyses de KANT, que la manière dont l'infanticide est effectivement sanctionné par la pratique judiciaire laisse apparaître une différence de traitement entre la protection accordée à la vie non déclarée (c'est-à-dire à la personne humaine) qui n'est effectivement pas pleinement reconnue par le droit) et celle de la personne déclarée à l'état civil (c'est-à-dire à la personne juridique) qui est pleinement protégée.

334. En effet, en France, jusqu'à la loi de 1824¹⁰⁰¹, les jurés ne peuvent pas prendre en compte de circonstances atténuantes. Ils n'ont donc d'autre choix que de condamner ou d'acquitter¹⁰⁰² la personne accusée d'infanticide¹⁰⁰³. Or, une loi si sévère tend à susciter l'indulgence des jurés¹⁰⁰⁴. La dureté de la sanction semble donc revêtir dans les faits une fonction avant tout symbolique : il s'agit d'affirmer la gravité du crime mais sans que cela n'entraîne nécessairement la mise à mort du condamné. Dans les faits, l'atteinte à la vie du nourrisson est peu sanctionnée par le droit pénal. À partir de 1824, les jurés, autorisés à prendre en compte des circonstances atténuantes¹⁰⁰⁵, réduisent souvent la peine. La sanction effectivement appliquée à l'infanticide est, *de facto*, moins importante

⁹⁹⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

⁹⁹⁹ GEOFFROY POISSON S., « L'infanticide devant la cour d'assises de la Haute-Marne au XIX^e siècle », *Cahiers du centre de recherches historiques*, n° 35, 2005, §1.

¹⁰⁰⁰ KANT I., *Metaphysik der Sitten*, Ersten Teil, 1796.

¹⁰⁰¹ Loi du 25 juin 1824 contenant diverses modifications au Code pénal.

¹⁰⁰² GEOFFROY POISSON S., « L'infanticide devant la cour d'assises de la Haute-Marne au XIX^e siècle », *op. cit.*, §2.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, §17.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, §2.

¹⁰⁰⁵ Loi du 25 juin 1824 contenant diverses modifications au Code pénal ; loi du 28 avril 1832 contenant des modifications du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

que celle appliquée à un meurtre. La vie de la personne non déclarée est par conséquent moins protégée que celle de la personne déclarée¹⁰⁰⁶.

335. En Allemagne¹⁰⁰⁷, on retrouve plus explicitement la même nuance. Le Code pénal de 1871 crée une distinction expresse entre personne humaine et personne juridique puisqu'il définit « l'infanticide comme le meurtre par la mère d'un enfant naturel, non déclaré »¹⁰⁰⁸ et qu'il le sanctionne moins sévèrement que l'homicide¹⁰⁰⁹. Cette disposition implique une double hiérarchisation en droit pénal : la vie de l'enfant naturel vaut moins que celle de l'enfant légitime et celle de la personne humaine moins que celle de la personne juridique¹⁰¹⁰.

336. Au 19^{ème} siècle, en France, et en Allemagne, l'idée semble finalement toujours être la même que sous l'Antiquité : dès lors que l'enfant n'a pas été accepté par la communauté politique - que ce soit par la *potestas* du père, la Lustration ou la reconnaissance à l'état civil - la suppression de la vie de l'enfant n'est pas *aussi grave* que lorsque l'enfant est déjà devenu membre de cette communauté. Bien sûr, le contexte social n'est pas le même au 19^{ème} siècle que sous l'Antiquité et la détresse des femmes de l'époque explique aussi la clémence des jurés. Mais l'idée selon laquelle l'enfant doit avoir été accepté par la communauté pour être pleinement protégée est toujours présente en filigrane¹⁰¹¹.

337. À la fin du 20^{ème} siècle, influencé par la montée en puissance d'une conception axiologique et ontologique de la vie qui entend valoriser *ζωε*¹⁰¹², les droits français et allemand suppriment l'infraction spécifique d'infanticide¹⁰¹³ afin d'affirmer la *valeur* égale de toutes les vies humaines nées. À partir de la réforme pénale de 1994¹⁰¹⁴ en France et de 1998¹⁰¹⁵ en Allemagne, l'homicide du nouveau-né, c'est-à-dire de l'enfant non déclaré, n'est plus une infraction spécifique. Le jeu des circonstances atténuantes ne permet plus au coupable d'échapper à une grave sanction. Au

¹⁰⁰⁶ La loi du 21 novembre 1901 fait de l'infanticide un « crime ordinaire ». En adoucissant la sanction, le législateur signifiait soit que le meurtre d'un nouveau-né était moins grave que celui d'un enfant déclaré ; soit, au contraire, cherchait à rendre la punition plus proportionnée (à la différence de la peine de mort) et par conséquent, la pénalisation plus efficace.

¹⁰⁰⁷ L'influence des Lumières, en insistant sur la forte dépendance de cet acte au contexte social dans lequel il est commis et de la nécessité de distinguer entre le droit et le moral (tout en luttant en amont pour prévenir de tels crimes) aura eu pour effet d'adoucir la pénalisation en Allemagne.

¹⁰⁰⁸ Si c'est l'homme qui tue l'enfant, il s'agit d'un homicide. Voir notamment, HILBIG A., KAJATIN C., MIETHE I., *Frauen und Gewalt: interdisziplinäre Untersuchungen zu geschlechtsgebundener Gewalt in Theorie und Praxis*, Würzburg, Koenigshausen Neumann, 2003, p. 137.

¹⁰⁰⁹ Cette distinction s'aggrave avec la réforme pénale de 1925 lorsque l'idée d'une peine minimale est abandonnée et que la peine maximale est fixée à 10 ans.

¹⁰¹⁰ LAUFHÜTTE HW., TIEDEMANN K., RISSING-VAN SAAN R., *Leipziger Kommentar - StGB*, Berlin, De Gruyter, 12^{ème} édition, 2010, §217.

¹⁰¹¹ BOLTANSKI L., *La condition fatale - une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, op. cit., p. 64.

¹⁰¹² Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

¹⁰¹³ Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

¹⁰¹⁴ Le nouveau Code pénal entre en vigueur le 1^{er} mars 1994.

¹⁰¹⁵ Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts - sixième loi portant réforme du droit pénal, 26 janvier 1998, BGBl., 1998, I, p. 164, entrée en vigueur le 1 avril 1998.

contraire, l'infraction tombe désormais sous la qualification de meurtre *aggravé* en raison du très jeune âge de la victime. Dorénavant, la naissance est indéniablement le critère qui permet le bénéfice de la protection pénale en tant que personne humaine¹⁰¹⁶ et il ne semble plus exister de hiérarchie entre personne humaine et personne juridique. Les droits pénaux ne *distinguent*, à première vue, plus entre les statuts des différents stades de vie postnataux (enfant naturel, enfant légitime, enfant déclaré, enfant non déclaré). La vie est désormais protégée contre l'homicide dès les premières secondes de son apparition postnatale¹⁰¹⁷.

338. Ce nouveau critère d'applicabilité de la protection pénale à la vie biologique, fondé sur la naissance, ne s'impose toutefois pas aux ordres juridiques en raison d'un donné *naturel* qu'ils seraient obligés de respecter. Pour preuve, la France et l'Allemagne définissent différemment la naissance.

2. La variabilité des critères permettant la qualification de personne humaine : la définition de la naissance

339. La naissance est dorénavant le seuil qui conditionne l'applicabilité de la protection pénale aux personnes humaines. Toutefois, la définition de ce seuil diffère selon les ordres juridiques. En effet, le droit allemand essaye de définir juridiquement la naissance, fixant un seuil précis, tandis que le droit français ne précise pas le sens juridique de cette notion (a). Cette différence s'explique par le fait qu'une telle définition a moins d'importance en droit français qu'en droit allemand car, en France, seul le moment de la survenance des conséquences de l'infraction importe pour la qualifier (b).

a. La détermination du seuil de la naissance

340. Le seuil de protection du droit pénal - la naissance - ne coïncide pas nécessairement avec le seuil déterminant l'acquisition de la personnalité juridique en droit civil¹⁰¹⁸. En effet, le droit pénal protège la vie biologique même lorsqu'elle n'est pas personne juridique. Cela est particulièrement visible en Allemagne, où le moment de la naissance à prendre en compte est explicitement différent en droit civil et en droit pénal. En Allemagne, rappelons que l'article 1 du Code civil allemand énonce que « *la personnalité juridique s'acquiert à la fin de la naissance* », c'est-à-dire à la fin de l'accouchement. En revanche, l'être humain peut être protégé par le droit pénal en tant que *personne*

¹⁰¹⁶ MERKEL R., *Handbuch des medizinstrafrechts, Besondere Handlungsfelder*, 4^{ème} édition, 2010.

¹⁰¹⁷ Sur ce point, GRAUMANN S., « Die Geburt als Grenze zur Konstitution sozialer Personen, ihre historischen Wurzeln und ihre heutige Irritation durch Spätabbrüche und die Behandlung von Frühchen », *op. cit.*, p. 18 et suivantes.

¹⁰¹⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

humaine¹⁰¹⁹ dès le début de la naissance¹⁰²⁰, c'est-à-dire dès le début de l'accouchement. À ce titre, la Cour fédérale de justice a expressément dégagé le critère du *début de la naissance*¹⁰²¹ pour délimiter les contours de la catégorie de personne humaine qui précède celle de personne juridique¹⁰²². Cependant, dans la mesure où la naissance est un « *processus* »¹⁰²³, des critères plus précis doivent être dégagés pour la qualifier plus exactement. La grande majorité des auteurs de doctrine¹⁰²⁴ et, surtout, la jurisprudence¹⁰²⁵ considèrent les premières contractions¹⁰²⁶ comme marquant le début du processus de naissance¹⁰²⁷. En d'autres termes, l'enfant est protégé par le droit pénal au regard des dispositions relatives aux atteintes à la personne¹⁰²⁸, dès les premières contractions et pendant tout le processus d'accouchement. La fixation de ce seuil résulte d'un choix délibéré du législateur qui ne souhaitait pas laisser l'enfant sans protection pendant l'accouchement qui est un processus à risque de possibles complications médicales¹⁰²⁹.

341. En France, de manière similaire au droit allemand, l'enfant apparaît protégé par le droit pénal en tant que personne humaine, indépendamment de sa qualité de personne juridique. Ainsi, si l'enfant est né vivant mais décède des conséquences de l'atteinte commise *pendant* la naissance, celle-ci sera sanctionnée. En 2002, la Cour de cassation déclare ainsi qu'« *attendu que, pour déclarer Noëlle X... coupable d'homicide involontaire sur la personne de Yoan Y..., l'arrêt attaqué retient qu'elle a, par un défaut de maîtrise de son véhicule, causé la mort de l'enfant qui a vécu une heure après sa naissance et qui est décédé*

¹⁰¹⁹ En tant que « *Mensch* ». Voir, ESCHELBACH/BECKOK/HEINTSCHEL-HEINEGG, *StGB*, §212 Totschlag, 37^{ème} édition, 2018, Rn. 3-4.

¹⁰²⁰ Pour certains auteurs, le fait que l'ancien article 217 relatif à l'infanticide réprime l'homicide de l'enfant *pendant* ou *après* la naissance prouve que le fœtus devient, au regard du droit pénal, une personne humaine à partir du début de la naissance - en ce sens : KÜPER W., « *Mensch oder Embryo ? Der Anfang des Menschseins nach neuem Strafrecht* », *GA*, 2001, p. 515 ; MERKEL R. « *Handbuch des Medizinstrafrechts* », *op. cit.*, p. 7. De plus, si l'atteinte *pendant* la naissance est autrefois qualifiée d'homicide (*via* l'infanticide) et non d'avortement, c'est bien qu'il s'agit d'une personne et non d'un fœtus. Sur ce point, voir les anciennes décisions du tribunal impérial : RGSt 9, 131 ; RGSt 26, 178 cité par BGH, 20 novembre 1956 - BGHSt 10, 5 ; BGH, 7 décembre 1983 - BGHSt 32, 195 ; BGH, 22 avril 1983 - BGHSt 31, 348.

¹⁰²¹ BGH, 22 avril 1983 - BGHSt 31, 348 ; BGH, 7 décembre 1983 - BGHSt 32, 194. Voir par la suite OLG Bamberg NJW 1988, p. 2963 ; OLG Karlsruhe, NStZ 1985, p. 314 ; BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203 ; également DOLDERER A.B., *Menschenwürde und Spätabbruch*, Berlin, Springer, 2012.

¹⁰²² HERZBERG R., « *Der Beginn des Menschseins im Strafrecht : die Vollendung der Geburt* », *op. cit.*, p. 1107 ; KÜPER W., « *Mensch oder Embryo? Der Anfang des Menschseins nach neuem Strafrecht* », *op. cit.*, p. 515.

¹⁰²³ MERKEL R. « *Handbuch des Medizinstrafrechts* », *op. cit.*

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 7. Voir aussi, TAG B., *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, Springer, 2000, p. 133 ; HERZBERG A., HERZBERG R., « *Der Beginn des Menschseins im Strafrecht : die Vollendung der Geburt* », *op. cit.*, p. 1106.

¹⁰²⁵ Première décision (claire) de la Cour fédérale : BGH, 7 décembre 1983 - BGHSt 32, 194. Voir aussi OLG Karlsruhe, NJW 1985, 314 ; OLG Bamberg NJW 1988, 2963.

¹⁰²⁶ Pour une autre opinion, voir notamment HERZBERG A., HERZBERG R., « *Der Beginn des Menschseins im Strafrecht : die Vollendung der Geburt* », *op. cit.*, p. 1106.

¹⁰²⁷ BGH, 22 avril 1983 - BGHSt 31, 348 : « *Lorsque le processus de naissance se déroule normalement, le début de la naissance de la personne humaine [...] ne commence qu'avec le début des contractions* » ; BGH, 2 novembre 2007, 2 stR 336/07 ; Voir également HERZBERG A., HERZBERG R., « *Der Beginn des Menschseins im Strafrecht : die Vollendung der Geburt* », *op.cit.*, p. 1107 ; MERKEL R., « *Handbuch des Medizinstrafrechts* », *op. cit.*, p.7 ; TAG B., *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, *op.cit.*, p. 133.

¹⁰²⁸ BGH, 7 décembre 1983 - BGHSt 32, 194 ; BGH, 22 avril 1983 - BGHSt 31, 348.

¹⁰²⁹ HERZBERG A., HERZBERG R., « *Der Beginn des Menschseins im Strafrecht : die Vollendung der Geburt* », *op.cit.*, p. 1109 ; MERKEL R., « *Handbuch des Medizinstrafrechts* », *op. cit.*, p. 7 ; TAG B., *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, *op.cit.*, p. 133.

des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc»¹⁰³⁰. Toutefois, le début de la naissance n'est pas clairement défini par le droit pénal¹⁰³¹. Il ne semble pas qu'un critère similaire à celui du début des premières contractions ait été clairement dégagé en droit français¹⁰³².

342. Cette absence de définition n'amoindrit néanmoins pas la protection accordée à l'enfant pendant l'accouchement. En effet, ce qui importe, à la qualification de l'infraction en France (s'il s'agit d'un meurtre ou d'un avortement illégal), c'est le moment où surviennent les conséquences de l'atteinte - c'est-à-dire le décès -, et non comme en Allemagne, le moment où l'atteinte est elle-même commise, ce qui explique que la naissance ne soit pas aussi précisément définie par le droit français que par le droit allemand.

b. Les conséquences pénales : la qualification de l'atteinte à la vie avant la naissance

343. La France et l'Allemagne n'utilisent pas les mêmes critères pour distinguer l'infraction d'avortement illégal de l'homicide. Même si elles se fondent toutes deux sur le critère de la naissance, elles ne qualifient pas l'infraction au même moment. En effet, l'atteinte est caractérisée différemment en France, selon que les *conséquences* de l'atteinte, c'est-à-dire le décès, surviennent avant, pendant ou après la naissance. En Allemagne, cela dépend du moment où *l'atteinte elle-même* est commise¹⁰³³. Ainsi, en Allemagne, si l'atteinte a lieu avant la naissance, c'est-à-dire avant les premières contractions, il s'agira d'une interruption de grossesse, qui peut être - ou non - sanctionnée en fonction des cas de figure¹⁰³⁴. Si l'atteinte a lieu après l'apparition des premières contractions, il s'agira d'un homicide sanctionné par le droit¹⁰³⁵. En France, au contraire, la protection de la personne humaine joue rétroactivement. Dès lors que le fœtus décède après la naissance, le responsable peut être puni pour homicide¹⁰³⁶. Si l'être a vécu, fût-ce quelques secondes¹⁰³⁷, l'homicide d'une personne humaine est caractérisé même si l'atteinte a eu lieu *in utero*. En revanche, s'il ne naît pas vivant, la situation est plus complexe. Il semble, au regard d'une

¹⁰³⁰ CC, chambre criminelle, 2 avril 2003, n° 0382344.

¹⁰³¹ Pour un constat similaire, CARAYON L., *La catégorisation des corps - Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., p. 2.

¹⁰³² Le critère alternatif de la viabilité a été évoqué par certains auteurs et juges du fond pour permettre le rattachement de l'être humain à la catégorie des personnes humaines : MIRKOVIC A., *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, op. cit. ; Voir également CA Douai, 2 juin 1987 ; CA Lyon 13 mars 1997, Dalloz, 1997, p. 557. Remise en cause par CC, 30 juin 1999, n° 9782351 ; Voir aussi : CA Aix-en-provence, 17 mai 1998 ; CA Bordeaux, 20 mars 1996 ; CA Versailles, 28 juin 1996, pour la qualification d'homicide involontaires.

¹⁰³³ SCHNEIDER H., in *Münchener Kommentar zum StGB*, Vorbemerkung zu §211, 3^{ème} édition, 2017, Rn. 13.

¹⁰³⁴ BGH, 22 avril 1983 - BGHSt 31, 348, §8 : « *Le moment de l'atteinte portée à la victime, et non celui de la survenance de la mort, est déterminant pour la question de savoir s'il s'agit d'un homicide ou d'une interruption de grossesse* ».

¹⁰³⁵ Notamment BGH, 22 avril 1983 - BGHSt 31, 348 : « *Il s'agit d'une interruption (illégal) de grossesse (§218) et non d'un homicide, lorsque l'avortement est pratiqué sur un fœtus même lorsque les effets de cette action mènent à la naissance d'un enfant vivant qui décède, en tant que personne, peu après la naissance* ».

¹⁰³⁶ Voir notamment CC, 2 décembre 2003, n° 0382344 ; CA Lyon, 30 novembre 2006 ; CA Versailles, 30 janvier 2003 n° 2002-00704 ; CC, 13 novembre 2002, n° 0188462.

¹⁰³⁷ CC, chambre criminelle, 23 octobre 2001, Bull.Crim., n° 217 ; observations Véron, *Droit pénal*, 2002/27.

ancienne décision de la Cour d'appel de Douai de 1882 que l'atteinte peut être sanctionnée comme homicide si le processus d'accouchement a été enclenché¹⁰³⁸. En l'espèce, il s'agissait d'un enfant qui n'avait jamais respiré et qui n'avait donc pas vécu de la vie extra-utérine. Pourtant, les juges caractérisent l'homicide : « *On ne saurait soutenir que l'homicide d'un enfant naissant, c'est-à-dire commis pendant l'accouchement même, ne tombe pas sous le coup de la loi ; [...] pour n'avoir pas encore respiré, l'enfant n'en a pas moins vécu de la vie intra-utérine [...] sa mort même est la preuve de son existence antérieure* ». La Cour en déduit l'existence du « *délit d'homicide involontaire, par maladresse, imprudence et inobservation des règlements* » sur le fondement de l'article 319 de l'ancien Code pénal. Pour caractériser l'homicide involontaire, il semble qu'il faille ainsi surtout que l'être ait vécu, de manière extra-utérine, fût-ce quelques secondes.

344. Les droits français et allemand divergent donc dans leur appréhension de la *naissance* en droit pénal. En fonction des cas de figure, les atteintes à la vie anténatale ne sont pas nécessairement sanctionnées par le droit. Chaque solution juridique soulève néanmoins d'éventuelles difficultés. En France, le responsable d'une atteinte involontaire a tout intérêt à ce que l'enfant meure *in utero* car l'atteinte est moins sanctionnée qu'une blessure *ex utero*¹⁰³⁹. En Allemagne, paradoxalement, le droit ne protège pas pénalement la vie de l'enfant né vivant, et mort des conséquences d'une atteinte *in utero*, alors même qu'il lui accorde pourtant la personnalité juridique¹⁰⁴⁰. Par conséquent, il ne protège pas toutes les personnes juridiques de la même façon puisque si l'atteinte a eu lieu *in utero*, le décès provoqué par un tiers ne sera pas sanctionné en tant qu'homicide. Il semble curieux que l'existence, fût-elle brève, de l'enfant ne permette pas une sanction de son agresseur prénatal. C'est d'autant plus surprenant que le droit allemand affirme, davantage qu'en France, l'idée d'un principe de protection de la vie dès la conception¹⁰⁴¹. Ces réglementations ont d'ailleurs été fortement critiquées par le courant doctrinal qui prône l'invariabilité du statut de l'être humain et de la protection pénale qui l'accompagne¹⁰⁴². En effet, en

¹⁰³⁸ CA Douai, 6 mai 1882, Sirey, 1883, II, p. 153.

¹⁰³⁹ CC, chambre criminelle, 9 janvier 1992, *Droit pénal pénal* 1992, p. 172 ; CC, chambre criminelle, 25 septembre 1996, *Gazette du palais*, 1997/1 ; MAYAUD Y., « Stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître », *RSC*, 2003, p. 95.

¹⁰⁴⁰ Rappelons que le droit civil allemand accorde toujours la personnalité juridique à l'enfant né vivant.

¹⁰⁴¹ La législation française sanctionne plus sévèrement la blessure *ex utero* que la mort *in utero*. L'ordre juridique allemand voulait peut-être éviter un tel paradoxe et ne pas faire peser sur les médecins des risques pénaux qui risquaient de paralyser le bon fonctionnement de leur activité médicale.

¹⁰⁴² En Allemagne, pour une critique du juge, voir notamment, BGH, 22 avril 1983 - BGHSt, 31, 348 ; et pour la doctrine, KÜPER W., « Mensch oder Embryo ? Der Anfang des Menschseins nach neuem Strafrecht », *op. cit.*, p. 523. En France, voir notamment SAUTEL O., « Récidives... Brèves considérations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 2002 », *Dalloz*, 2002, p. 2475 ; MIRABEIL S., « Il ne saurait y avoir d'homicide involontaire sur un fœtus », *op. cit.*, p. 243 ; MAYAUD Y., « Stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître.. », *op. cit.*, p. 95 ; PLANCKEEL F., « La naissance pénale de l'enfant », *Dalloz*, 2003, p. 660.

procédant de la sorte, les droits français et allemand indiquent clairement distinguer entre différents statuts pénaux de la vie et ne pas la protéger comme un processus continu.

345. Malgré des différences entre les deux pays, la naissance reste, dans les deux cas, le seul critère pris en compte par le droit pénal. La vie postnatale est protégée par le droit pénal, même lorsqu'elle n'est pas une personne juridique. Il est ainsi interdit de tuer un nouveau-né vivant, qu'il soit viable ou pas¹⁰⁴³. C'est la même logique qui interdisait de tuer celui ou celle qui était autrefois frappé de mort civile¹⁰⁴⁴. Être une personne juridique n'est pas une condition *sine qua non* de la protection pénale de la vie de la personne. Seule la naissance importe et permet de distinguer l'être humain de la personne humaine. Cependant, si le statut de personne humaine n'apparaît qu'avec la naissance, cela ne signifie pas nécessairement que le droit pénal n'accorde aucune protection à la vie anténatale. Une partie de la doctrine l'affirme d'ailleurs en France et en Allemagne¹⁰⁴⁵. Une analyse du droit positif démontre toutefois que le droit pénal ne protège pas la vie anténatale de la même manière que la vie postnatale. Les différences sont telles qu'il est possible d'affirmer qu'il *hiérarchise* clairement dans la protection qu'il accorde à l'être humain et à la personne humaine.

II. L'être humain et la personne humaine : des régimes de protection juridique différents

346. L'idée selon laquelle la vie anténatale est parfaitement protégée par le droit pénal ne reflète pas l'état du droit positif¹⁰⁴⁶. Même avant les premières lois libéralisant l'IVG, les États français et allemand procédaient à des *catégorisations* entre les différentes formes de vie (A). Après la dépénalisation de l'avortement, le caractère lacunaire de la protection apparaît d'autant plus clairement que la loi relative à l'IVG admet la fixation d'un seuil. Mais l'exemple de l'avortement n'est pas isolé : les pratiques contraceptives qui peuvent porter elles aussi atteinte à la vie anténatale et les atteintes involontairement portées au fœtus par des tiers ne sont pas non plus sanctionnées par le droit pénal. Les cas pour lesquels l'atteinte à la vie anténatale n'est *pas* pénalisée semblent dès lors plus nombreux que ceux pour lesquels elle l'est, de telle sorte qu'il est permis de douter de l'existence en droit positif d'un principe de protection réellement continu de la vie (B).

¹⁰⁴³ En ce sens, voir notamment BGH, 18 juin 1957 - BGHSt 10, 291.

¹⁰⁴⁴ BAUD J.P., *Le droit de vie et de mort - archéologie de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 56 ; NIORT J.F., « Personne et discrimination : approche historique et théorique », in MERCAT BRUNS M., *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, *op. cit.*, p. 15. Pour l'Allemagne, HETTERICH H., « Mensch und Person - Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit. Eine rechtshistorische-kritische Untersuchung zu §1 BGB », *op. cit.*, p. 42. En France, elle est abolie par une loi du 31 mai 1854. Voir notamment, MOREAU-DAVID J., « Approche historique du droit de la mort », *Dalloz*, 2000, p. 266. Voir notamment, TERRASSON DE FOUGÈRES A., « La résurrection de la mort civile », *RTDciv.*, 1997, p. 893. L'auteure établit justement un parallèle entre le statut des embryons et les personnes en état végétatif - êtres humains qui ne sont, précisément, plus que seule vie biologique.

¹⁰⁴⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

¹⁰⁴⁶ Pour la déconstruction de l'idée selon laquelle la vie anténatale était mieux protégée avant, voir également, CARAYON L., *La catégorisation des corps - Etude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse de droit privé, Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, 2016, p. 20.

A. Avant la libéralisation de l'avortement

347. Contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine, la seule vie biologique n'est pas protégée par le droit antérieurement à la libéralisation de l'avortement¹⁰⁴⁷. Le droit hiérarchise en effet déjà les différentes formes de vie puisqu'il ne sanctionne pas de la même manière l'avortement et l'homicide (1) et qu'il autorise l'interruption thérapeutique de grossesse (2).

1. Avortement et homicide : deux pratiques sanctionnées différemment

348. Par le passé, l'avortement et l'homicide n'ont pas toujours été similairement sanctionnés par le droit. Le droit n'a donc jamais appréhendé de la même manière la vie anténatale et celle de la personne humaine¹⁰⁴⁸. À titre d'exemple, le Code prussien de 1794 précise que si l'avortement a été commis pendant les 30 premières semaines de la grossesse, la peine est de deux à six ans de réclusion¹⁰⁴⁹ mais qu'après cette période, la peine augmente de huit à dix ans¹⁰⁵⁰. Par ailleurs, le §719 du Code de 1794 dispose que « *celui qui tue un fœtus volontairement risque la même peine que pour meurtre sauf si l'enfant est mal formé auquel cas il ne craint qu'une peine de six semaines à six mois de réclusion* » tandis que le meurtre est puni, au regard du §816 du même Code, du châtement de la roue. Les atteintes à la vie de l'être conçu bien formé, mal formé ou déjà né ne sont pas sanctionnées de la même manière par le droit. En France, l'article 302 du Code pénal de 1810 punit l'assassinat, le parricide, l'infanticide et l'empoisonnement de mort¹⁰⁵¹. Par ailleurs, l'article 304 dispose que « *le meurtre emportera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime ou délit. En tout autre cas, le coupable de meurtre sera puni de la peine des travaux forcés à perpétuité* ». En revanche, l'article 317 prévoit que l'avortement est seulement sanctionné par une peine de réclusion¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹⁰⁴⁸ Aujourd'hui, l'homicide volontaire est, par exemple, puni de 30 de réclusion en France (article 221-1 CP) et de la réclusion à perpétuité en Allemagne (§211 StGB, soit 15 ans maximum au regard du §38 StGB), tandis que l'IVG illégale, pour non-respect du consentement de la femme est puni de 5 ans de prison (article 223-10 CP) ou de 2 ans pour non-respect des dispositions législatives relatives à la procédure (Article L2222-2 CSP) en France et de 3 ans maximum en Allemagne (§218 StGB).

¹⁰⁴⁹ §986 du Code prussien (APL) : « *Si par l'un de ces moyens, l'embryon est avorté dans les 30 premières semaines de la grossesse, l'auteure doit être punie par une peine de 2 à 6 ans de bague* ».

¹⁰⁵⁰ §987 du Code prussien (APL) : « *Si une femme a aidé à l'avortement, elle doit être punie d'une peine de 8 à 10 ans de bague* ».

¹⁰⁵¹ Article 302 du Code pénal (version de 1810) : « *Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonnement, sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'article 13, relativement au parricide* ».

¹⁰⁵² Article 317 du Code pénal (version de 1810) : « *Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi. Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu* ».

349. Aujourd'hui, l'homicide volontaire est, par exemple, puni de 30 de réclusion en France¹⁰⁵³ et de la réclusion à perpétuité en Allemagne¹⁰⁵⁴. Par contre, l'IVG illégale est punie de deux ou cinq ans de prison¹⁰⁵⁵ en France et de deux à trois ans maximum en Allemagne¹⁰⁵⁶. Il n'en allait pas autrement autrefois.

350. Même avant la libéralisation de l'avortement, le droit pénal moderne introduit donc un principe de *gradation*, une *hiérarchisation* entre les différents stades de développement de la vie. Cela est d'autant plus visible qu'à cette époque, l'avortement d'un enfant mal formé est moins réprimé que celui d'un enfant bien portant¹⁰⁵⁷. Ainsi, l'État n'appréhende pas la vie comme une essence immuable mais bien comme un objet sur lequel il exerce son pouvoir politique - ce qui lui permet d'établir des seuils et de conditionner l'applicabilité de la protection pénale.

2. Interruption médicale de grossesse et avortement : deux pratiques sanctionnées différemment

351. De la même manière, la distinction établie par l'ordre juridique, à partir du 19^{ème} siècle, entre l'interruption de grossesse pratiquée à des fins médicales (IMG) et l'avortement montrent que la vie anténatale n'est pas toujours protégée de la même manière en fonction des situations.

352. Ainsi, en France, le 27 juin 1806¹⁰⁵⁸, la Cour de cassation estime qu'afin de caractériser le crime d'avortement, il faut se demander si l'avortement a été pratiqué avec l'intention de nuire au fœtus ou non¹⁰⁵⁹. Si tel n'est pas le cas - si le médecin agit, par exemple, dans le but d'aider la femme enceinte, et non afin de porter directement atteinte au fœtus -, il n'a pas à être sanctionné. Le juge judiciaire accepte donc en 1806 le principe de l'IMG¹⁰⁶⁰, et par la même occasion la hiérarchisation entre vie anténatale et vie postnatale. Cette *hiérarchisation* n'est toutefois pas consacrée par le législateur de 1810 qui durcit, au contraire, la pénalisation de l'avortement¹⁰⁶¹ : l'article 317 ne prévoit aucune exception pour le cas où il aurait agi *dans le but* de sauver la vie de la femme¹⁰⁶².

¹⁰⁵³ Article 221-1 du Code pénal.

¹⁰⁵⁴ §211 StGB, soit 15 ans maximum au regard du §38 StGB.

¹⁰⁵⁵ Article 223-10 du Code pénal pour non-respect du consentement et article L2222-2 du Code de santé publique pour non-respect des dispositions législatives relatives à la procédure en France.

¹⁰⁵⁶ §218 StGB.

¹⁰⁵⁷ De plus, le §719 du Code prussien prévoit tout d'abord que « *le meurtre intentionnel d'un fœtus mal formé est puni de 6 semaines à 6 mois de prison, et dans les autres cas de la même peine que l'homicide* ».

¹⁰⁵⁸ Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle, 1806, Vol. XI, p.182.

¹⁰⁵⁹ La Cour énonce que « *le chirurgien n'est punissable qu'autant qu'il avait opéré par une complaisance criminelle pour la fille avortée* ». CC, 27 juin 1806, Revue des revues de droit publiées à l'étranger, Vol. 4, Bruxelles, Librairie polytechnique 1841, p. 46.

¹⁰⁶⁰ NIZARD A., « Politique et législation démographique », *Population*, 1974, Vol. 29, n° HS, p. 291.

¹⁰⁶¹ Article 317 (Code pénal 1810) : « *Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu* ». Voir aussi LENAOUR J.Y, VALENTI C., *Histoire de l'avortement - XIX, XXème siècle*, Paris, Seuil, 2003, p. 21.

¹⁰⁶² *Ibid.*

353. Cependant, en 1852, l'académie de médecine se prononce en faveur de l'ITG après des débats houleux entre les défenseurs d'une conception ontologique de la vie et ceux prônant la primauté de la protection de la vie de la femme sur celle de l'être conçu¹⁰⁶³. En 1852, l'Académie reconnaît ainsi la « *supériorité de la vie temporelle de la mère sur la vie spirituelle du fœtus* »¹⁰⁶⁴ et admet une *hiérarchisation* entre la vie de la femme et celle de l'être conçu. Malgré les insécurités juridiques suscitées par cet avis pour les médecins - qui ne savent pas s'ils doivent suivre les recommandations de l'Académie ou s'en tenir à une lecture stricte du Code pénal - ce n'est que 87 ans plus tard, en 1939, que le législateur se prononce expressément sur l'IMG. Le décret du 29 juillet 1939 - dit « *Code de la famille* »¹⁰⁶⁵ - régleme nte l'interruption thérapeutique de grossesse¹⁰⁶⁶. Il la présente toutefois comme une stricte exception au principe de protection de la vie anténatale, justifiée uniquement par la protection de la vie de la femme. Malgré tout, le droit admet, à partir de 1939, la primauté de la vie de la femme sur celle de l'être conçu sous de strictes conditions. La libéralisation progressive de l'IMG¹⁰⁶⁷ indique ainsi une *hiérarchisation* toujours plus assumée entre les différentes formes de vie : la protection de la vie de la femme enceinte l'emporte sur celle de la vie anténatale.

354. En Allemagne, le Tribunal impérial¹⁰⁶⁸ se prononce sur la question le 11 mars 1927¹⁰⁶⁹. Il admet clairement la pratique de l'IMG estimant que « *l'intérêt juridique qui a le moins de valeur doit s'écarter face à celui d'une valeur supérieure* »¹⁰⁷⁰ lorsque l'acte est justifié par un état de nécessité¹⁰⁷¹ et l'urgence de la situation. Le droit allemand admet donc lui aussi une *hiérarchisation*. Quant à l'encadrement textuel de la pratique, c'est dans le contexte de l'Allemagne nazie que les premières lois de 1933¹⁰⁷² et de 1935¹⁰⁷³ régleme nte n t l'IMG. Elles répondent à des objectifs eugéniques et

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁶⁵ Décret-loi relatif à la famille et à la natalité française, 29 juillet 1939, JO, 30 juillet 1939 p. 9607.

¹⁰⁶⁶ Article 87 du décret-loi : premièrement, non seulement la vie de la femme doit être gravement en danger mais qui plus est, *la seule finalité possible doit être la préservation de la vie de la mère* et non plus seulement celle de sa santé. Deuxièmement, deux avis médicaux doivent être émis, dont l'un émane d'un médecin choisi sur une liste d'experts auprès d'un tribunal civil ; troisièmement, les deux médecins doivent certifier que la vie de la femme ne peut être sauvée que par une interruption thérapeutique de grossesse. Un exemplaire de leur rapport est remis à la patiente, deux autres sont conservés par les médecins eux-mêmes

¹⁰⁶⁷ En France, les dispositions sur l'interruption médicale de grossesse (IMG) sont ensuite libéralisées par la loi du 17 janvier 1975 relative à l'IVG (ancien article L162-12 CSP) avant d'être à nouveau encadrée par la loi du 29 juillet 1994 qui crée notamment les centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal.

¹⁰⁶⁸ « *Reichsgericht* ».

¹⁰⁶⁹ RG, 11 mars 1927, I 106/26 - RGst 61, 242.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.* Cette jurisprudence est par la suite complétée par celle de la Cour fédérale allemande, qui dans un arrêt du 15 janvier 1952, reprend l'interprétation faite par le Reichsgericht, en limitant toutefois l'exercice de l'ITG aux médecins ; BGH, 15 janvier 1952 - BGHSt 2, 111.

¹⁰⁷¹ MUTH U., *Die Diskussion über einer Reform, op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁷² Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (Erbgesundheitsgesetz) - loi sur la prévention des tares génétiques - 14 juillet 1933. Cette loi permet la stérilisation forcée dès lors qu'un juge (« *Erbgesundheitsgericht* ») autorise la stérilisation, souvent demandée par le responsable légal de la personne. Le §1 de la loi autorise la stérilisation des « *débiles, fous, drogués, malades, aveugles, sourds, handicapés* » etc. Le §10a permet l'avortement pour raison eugénique.

permettent l'interruption d'une grossesse dès lors que l'être conçu est atteint d'une « anomalie ». Ces dispositions ne disparaissent cependant pas avec la chute du Troisième Reich. La loi de 1933 autorisant les avortements eugéniques persiste encore jusque dans les années 1970 dans plusieurs Länder¹⁰⁷⁴. Elle n'est définitivement suspendue que par la loi du 18 juin 1974¹⁰⁷⁵. C'est ensuite la loi relative à l'IVG de 1974 qui régit l'interruption médicale de grossesse, fixant les critères qui permettent une interruption de grossesse pour raison médicale.

355. En France, comme en Allemagne, les ordres juridiques admettent donc que la sauvegarde de la vie de la femme justifie une atteinte à la vie de l'être conçu, reconnaissant ainsi la primauté de cette première sur la seconde. Même avant 1975, les ordres juridiques catégorisent donc entre différentes formes de vie et ne l'appréhendent pas comme un processus linéaire qui devrait être protégé de manière continue, c'est-à-dire comme *zoe*. Cette catégorisation persiste après la libéralisation de l'avortement qui - contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine - saurait être perçue comme une simple *exception* au principe de protection de la vie.

B. Après la libéralisation de l'avortement

356. Malgré la légalisation de la contraception ou de l'avortement dans les deux ordres juridiques, l'idée selon laquelle la seule vie biologique est protégée par le droit pénal ne faiblit pas. Les atteintes à la vie autorisées par le droit sont en effet présentées comme des *exceptions* au principe consacré par le droit positif de protection de la vie¹⁰⁷⁶. Cependant, les exceptions sont tellement nombreuses qu'il est possible de se demander si ce principe dispose réellement d'un contenu normatif. En effet, non seulement les atteintes volontaires à la vie anténatale sont autorisées depuis la consécration d'une liberté procréative négative¹⁰⁷⁷ en France et en Allemagne (1) mais les atteintes involontaires provoquées par des tiers ne sont pas non plus sanctionnées dans les deux pays (2).

¹⁰⁷³ Gesetz zur Änderung des Erbgesundheitsgesetzes - loi de modification de la loi sur la prévention des tares génétiques - 26 juin 1935 : La loi modifie le §14 de la loi sur la prévention des tares génétiques relatif à la stérilisation. Elle autorise aussi les avortements forcés (« *Zwangabtreibung* »). En revanche la stérilisation ou l'avortement de personnes non malades sont strictement interdits). Voir également le quatrième décret du 18 juin de 1935 servant la mise en œuvre de la loi de 1935 - Vierte Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuses, 18 juillet 1935. Il prévoit la procédure et soumet l'IMG à une expertise médicale.

¹⁰⁷⁴ Cf. *Infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

¹⁰⁷⁵ Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts - cinquième loi portant réforme du droit pénal, 18 juin 1974, BGBl, 1974, Teil I, n° 63, 21 juin 1974, p. 1297.

¹⁰⁷⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹⁰⁷⁷ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 2).

1. Décisions procréatives et protection de la vie

357. Les mouvements de libération sexuelle amorcés en Europe à partir de la fin des années 60 mènent à la consécration d'une liberté procréative négative¹⁰⁷⁸. Les individus ont désormais la possibilité de ne *pas* procréer. La libéralisation de la contraception (a) et de l'avortement (b) implique cependant que des atteintes à la vie soient autorisées.

a. La contraception

358. Certains contraceptifs peuvent porter atteinte à la vie anténatale. C'est par exemple le cas des contraceptifs à vocation contragestive. En effet, ils empêchent la gestation en rendant impossible l'implantation de l'embryon dans l'utérus, à l'instar des contraceptifs intra-utérins (stérilet)¹⁰⁷⁹ ou des contraceptions d'urgence (pilule du lendemain)¹⁰⁸⁰. Ils sont pourtant autorisés en France et en Allemagne. Or, si les *contraceptifs* ont pour but d'empêcher la conception, les *contragestifs* agissent après la conception et empêchent la nidation, c'est-à-dire la fixation de l'ovocyte à la paroi utérine. Dès lors, les contragestifs sont susceptibles d'interrompre le développement de la vie avant la nidation - soit approximativement avant le 14^{ème} jour de grossesse¹⁰⁸¹.

359. Cependant, en France, ni les débats parlementaires préalables à la loi de libéralisation de la contraception, ni la manière dont se structure le droit positif¹⁰⁸², n'indiquent que l'ordre juridique ait cherché à distinguer entre les contraceptifs susceptibles de porter atteinte à la vie et ceux qui, en amont, empêchent son apparition. La loi de 1967 autorise en effet à la fois les contraceptifs hormonaux, qui sont des contraceptifs *stricto sensu*, et les dispositifs intra-utérins, qui sont des contragestifs. Dans les années 1970, le droit français cherche même davantage à favoriser l'usage des DIU que de la pilule. Un décret de 1972¹⁰⁸³ spécifique à la question des DIU, renforce notamment « *la diffusion de ce moyen de contraception* »¹⁰⁸⁴. En 1967, le DIU - pourtant potentiellement

¹⁰⁷⁸ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁰⁷⁹ En France, c'est la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances qui les autorise. En Allemagne, c'est le §219d du Code pénal allemand introduit par la Fünfzehntes Strafrechtsänderungsgesetz - quinzième loi portant réforme du droit pénal - 18 mai 1976, Bundesgesetzblatt n° 56, p. 1213. Aujourd'hui, c'est le §218 alinéa 1 du Code pénal qui précise que l'avortement n'est pénalisé qu'à partir de la nidation.

¹⁰⁸⁰ En France, loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence. En Allemagne, Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG), - loi sur la gestion des produits médicaux, 24 août 1976 modifié pour la dernière fois au 18 juillet 2017. Voir le §1.I, Anlage I dans la version antérieure à 2016.

¹⁰⁸¹ En ce sens, BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁸² Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁰⁸³ Décret portant application du quatrième alinéa de l'article 3 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L648 et L649 du Code de la santé publique portant application du quatrième alinéa de l'article 3 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L648 et L649 du Code de la santé publique.

¹⁰⁸⁴ CHAVEAU S., « Les espoirs déçus de la loi Neuwirth », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n° 18, 2003, p. 223.

attentatoire à la vie - semble moins stigmatisé que la pilule¹⁰⁸⁵. Encore aujourd'hui, rien ne permet de dire que l'accès aux *contragestifs* est plus strictement réglementé que celui des *contraceptifs*¹⁰⁸⁶. Au contraire, la loi du 13 juin 2000 libéralise l'accès à la contraception d'urgence¹⁰⁸⁷. En outre, dans un arrêt du 30 juin 2000, le Conseil d'État considère que la destruction de la vie anténatale avant la nidation ne relève pas de la législation sur l'avortement¹⁰⁸⁸. Saisi de la demande d'annulation d'une circulaire du 29 décembre 1999 qui autorise les infirmières scolaires à délivrer la pilule du lendemain Norlevo®, il déclare que « *ce produit [...] constitue un contraceptif hormonal au sens de la loi du 28 décembre 1967 et ainsi n'entre pas dans le champ de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse* »¹⁰⁸⁹. Le droit pénal ne protège donc pas la vie avant la nidation. Si les régimes juridiques applicables au DIU, à la pilule du lendemain, et à la contraception hormonale peuvent différer sur certains points, cela n'est aucunement lié à la question de la protection de la vie anténatale.

360. En Allemagne, la question de l'incompatibilité des contragestifs avec le principe de protection de la vie a fait l'objet de plus amples débats¹⁰⁹⁰. Dans les années 1960, les DIU ne faisaient l'objet d'aucun encadrement juridique particulier et pouvaient donc être utilisés si un médecin acceptait de les prescrire. Pourtant la compatibilité de ces derniers avec le §218 du Code pénal, relatif à l'avortement, était discutée puisqu'ils étaient susceptibles d'entraîner la destruction d'un œuf fécondé¹⁰⁹¹. La diffusion progressive des contraceptifs « inhibiteurs de nidation » soulève toujours davantage de problèmes juridiques¹⁰⁹². Lors des débats relatifs à l'avortement au début des années 70, une clarification du statut pénal des dispositifs intra-utérins est demandée. La loi du 21 juin 1974 tranche la question en ne prévoyant la pénalisation de l'interruption de grossesse « *qu'après 13 jours de gestation* »¹⁰⁹³, c'est-à-dire après la nidation. Elle exclut ainsi les DIU de son champ d'application. Le début de la protection pénale de la vie est ainsi explicitement fixé à 14 jours afin de faciliter l'accès aux contragestifs¹⁰⁹⁴. Aujourd'hui encore, le §218 précise encore que

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*

¹⁰⁸⁶ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁰⁸⁷ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁰⁸⁸ CE, 30 juin 2000, Association « choisir la vie et autres », *RDF/A*, 2000-6, p. 1282.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ Voir sur ce point, SAERBECK K., *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁹¹ JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung. Von der Antike bis zum Gegenwart*, München, C.H Beck, 1993, p. 181.

¹⁰⁹² SAERBECK K., *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff*, *op. cit.*, p.79.

¹⁰⁹³ §218 StGB (version de 1974) « *celui qui interrompt la grossesse d'une femme après un délai de 13 jours encourt une peine privative de liberté de trois ans ou une amende* ». Le projet de loi précise que l'objectif de cette précision est de « *clarifier que l'utilisation des DIU, qui peuvent empêcher la fixation d'un œuf fécondé n'est pas limitée par le code pénal* » - Entwurf eines fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts, Drucksache VII/3434 p. 15.

¹⁰⁹⁴ Pour cette justification, voir les motifs du projet de loi Entwurf eines fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts - projet de loi sur la cinquième loi portant réforme du Code pénal, Drucksache VII/3434, Begründung, p. 15. Pour la disposition juridique, voir la loi : Fünfzehntes Strafrechtsänderungsgesetz 18 mai 1976 - quinzième loi portant réforme du Code pénal, Bundesgesetzblatt n° 56, p. 1213.

l'avortement n'est pénalisé que s'il intervient « *après la fin de la fixation de l'œuf fécondé dans l'utérus* ». La fixation de ce seuil est jugée constitutionnelle par la Cour constitutionnelle dans ses décisions sur l'avortement du 25 février 1975 et du 28 mai 1993¹⁰⁹⁵. Elle déclare, on l'a vu, qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre de l'examen de la loi sur l'avortement, de se prononcer sur la question de la protection de la vie avant la nidation : « *Au regard des termes utilisés dans l'article 2 alinéa 2 - chacun a le droit à la vie -, la vie existe, au regard des connaissances biologiques et physiologiques certaines, dans tous les cas, à partir du 14^{ème} jour après la conception (à la nidation, l'individuation)* »¹⁰⁹⁶. Les droits pénaux français et allemand admettent donc qu'il soit porté atteinte à la vie *nue* avant la nidation.

b. L'avortement

361. Les lois relatives à la libéralisation de l'avortement témoignent également de la fixation par l'État de différents seuils dans la protection de la vie.

362. En France, la loi autorise l'avortement durant les 10 puis les 12 premières semaines de la grossesse¹⁰⁹⁷. Ni le Conseil constitutionnel¹⁰⁹⁸, ni le Conseil d'État¹⁰⁹⁹, ni la Cour de cassation¹¹⁰⁰ n'ont jugé cette loi susceptible de porter atteinte au droit conventionnel à la vie consacré par l'article 2 CESDH.

363. En Allemagne, la loi autorise également sous conditions l'interruption volontaire de grossesse dans un délai de 12 semaines¹¹⁰¹. Une pénalisation de principe persiste toutefois afin que la législation reste conforme aux exigences de l'article 2 alinéa 2 de la LF sur le droit à la vie. Cela étant, dans les faits, l'avortement est possible : les femmes peuvent porter atteinte aux êtres conçus de moins de 12 semaines. Dans les deux pays, la vie de l'être conçu de moins de 12 semaines n'est donc pas protégée contre la volonté de la femme d'interrompre sa grossesse.

¹⁰⁹⁵ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE, 39, 1.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.* §133.

¹⁰⁹⁷ Article L2212-1 CSP.

¹⁰⁹⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹⁰⁹⁹ CE, 21 décembre 1990, *AJDA* 1991, p. 157 : la législation n'était incompatible « *ni avec la Convention européenne, ni avec le pacte international sur les droits civils et politiques* ».

¹¹⁰⁰ CC, chambre criminelle, 27 novembre 1996, n° 9585118 : « *Attendu que les prévenus ont invoqué devant les juges du fond l'incompatibilité de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse tant avec l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'avec l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques qui reconnaissent, l'un et l'autre, l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi ; Que la cour d'appel a, à bon droit, écarté cette exception ; Qu'en effet, la loi du 17 janvier 1975 n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ; Qu'en égard aux conditions ainsi posées par le législateur, l'ensemble des dispositions issues de cette loi et de celles du 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, de même que les dispositions pénales de l'article L162-15 du Code de la santé publique, ne sont pas incompatibles avec les stipulations conventionnelles précitées* ».

¹¹⁰¹ §218 StGB.

364. Il est vrai que la fixation de ce seuil est présentée, dans les deux pays, comme une *dérogation* au principe de protection justifiée par des circonstances exceptionnelles¹¹⁰². Cependant, la libéralisation toujours plus importante du régime juridique applicable à l'avortement conduit à douter de son caractère strictement dérogatoire¹¹⁰³. Il en va de même de l'absence d'incrimination de l'auto-avortement en France¹¹⁰⁴. En effet, cette absence de pénalisation signifie qu'en France, l'atteinte à la vie de l'être conçu n'est jamais sanctionnée dès lors qu'elle a été souhaitée par la femme enceinte. Plus encore, l'évolution du régime juridique de l'IVG¹¹⁰⁵ montre qu'on est progressivement passé d'une répression pénale posée comme principe et d'une interruption de grossesse pensée comme dérogation, à une IVG admise en principe et une répression dérogatoire¹¹⁰⁶. Par ailleurs, les dispositions pénales sont au profit de la protection exclusive de la femme : le seul article qui se trouve encore actuellement dans le Code pénal, c'est-à-dire l'article 223-10 CP, dispose que « *l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Ce qui est sanctionné en l'espèce ce n'est pas l'interruption de grossesse mais sa réalisation « *en l'absence du consentement de la femme* ». Par conséquent, il faut en déduire que cette disposition tend avant tout à protéger l'intégrité physique (et psychique) de la mère, et non la vie du fœtus¹¹⁰⁷. Les dispositions pénales retranscrites dans le Code de la santé publique tendent surtout à assurer de bonnes conditions médicales pour l'IVG ; à l'exception peut-être de l'article L2222-2 alinéa 1 qui impose le respect du délai légal et tend, partant, à protéger la vie du fœtus de plus de 12 semaines. Le Code pénal ne sanctionne toutefois que la personne qui pratique l'avortement et non la femme elle-même. La vie de l'être conçu ne semble dès lors que peu protégée par le droit pénal.

365. En Allemagne, l'auto-avortement reste incriminé¹¹⁰⁸. Le droit pénal prévoit toutefois une peine moins importante que dans le cas où l'interruption de grossesse est pratiquée de manière illégale par un tiers¹¹⁰⁹. De plus, il précise que la femme ne pourra pas être sanctionnée dès lors que l'avortement a été pratiqué par un médecin après une consultation psycho-sociale dans un délai de

¹¹⁰² Voir notamment CC, chambre criminelle, 27 novembre 1996, n° 9585118 : « *Qu'en effet, la loi du 17 janvier 1975 n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit* ».

¹¹⁰³ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹¹⁰⁴ Article L2222-4 CSP.

¹¹⁰⁵ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹¹⁰⁶ MOULY J., « Du prétendu homicide de l'enfant à naître », *Revue de sciences criminelles*, 2005, p. 47.

¹¹⁰⁷ Article L2222-1 CSP impose le consentement de la femme à l'IVG et protège donc son intégrité physique ; article L2222-2 alinéa 2 et 3 impose que l'IVG soit pratiquée par un médecin ou une sage-femme dans un établissement sanitaire afin qu'elle n'entraîne pas de risque pour la santé de la femme ; article L2222-4 interdit de donner à une femme le matériel nécessaire à une IVG afin d'éviter qu'elle ne soit pratiquée dans de mauvaises conditions sanitaires nuisibles à sa santé.

¹¹⁰⁸ §218 alinéa 3 StGB.

¹¹⁰⁹ Le §218 alinéa 3 StGB prévoit une peine maximale d'un an de prison, contre une peine de 3 ans maximum dans les cas de l'alinéa 1 et 5 ans dans les cas aggravés de l'alinéa 2.

22 semaines et que la femme se trouve dans un état de profonde détresse¹¹¹⁰. Les cas pour lesquels l'atteinte à la vie *en tant que telle* est sanctionnée apparaissent donc moins nombreux que ceux pour lesquels elle ne l'est pas.

366. Ainsi, contrairement à ce qui est affirmé, l'avortement ne constitue pas une *exception* au principe mais est, au contraire, une illustration particulièrement frappante de l'absence de protection continue de la vie. En effet, s'il n'était qu'une exception, les autres formes d'atteintes à la vie anténatale ne devraient pas être autorisées par le droit. Or, non seulement les droits français et allemand tolèrent, à des degrés différents, l'auto-avortement mais ils ne pénalisent pas les atteintes involontaires portées à la vie anténatale par des tiers.

2. Atteintes involontaires des tiers et protection de la vie

367. Les droits français et allemand n'incriminent pas les atteintes involontaires à la vie provoquées par des tiers. Il est vrai que, dans un premier temps, le manque de consensus au sein des juridictions du fond sur la question des atteintes involontaires à la vie participe à la confusion généralisée quant à une éventuelle protection de *zoe* par le droit pénal. Toutefois, si certaines juridictions pénales ont bien, dans un premier temps, considéré qu'il convenait de sanctionner les atteintes involontaires à l'être conçu¹¹¹¹, les hautes juridictions judiciaires françaises et allemandes refusent ensuite une telle protection. Par ce biais, elles mettent en lumière l'absence de protection de la seule vie biologique. Ainsi, le 30 juin 1999¹¹¹², la Cour de cassation rejette l'applicabilité de l'article 221-6 du Code pénal relatif aux homicides involontaires aux êtres conçus, déclarant que

« pour le déclarer coupable d'homicide involontaire, la juridiction du second degré relève que l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi ; qu'elle souligne que la loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, pose le principe du respect de

¹¹¹⁰ §218a alinéa 4 StGB.

¹¹¹¹ Ainsi, pour la France : le tribunal correctionnel de Douai admet le 2 juin 1987 la qualification d'homicide involontaire estimant qu'*« il ne fait aucun doute qu'il eût été considéré comme une personne à part entière indemnisable à raison des blessures reçues »* ; voir également CA Douai, 2 juin 1987. En 1997, la Cour d'appel de Lyon estime, quant à elle, *« qu'il résulte [de l'article 1er de la loi de 1975, de l'article 16 du Code civil et de diverses conventions internationales], que sous réserve des dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et de celles relatives à l'avortement thérapeutique, la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée »* (CA Lyon 13 mars 1997, Dalloz, 1997, p. 557) ; CA Amiens, 28 avril 1964, Gazette du Palais 1964/2. p. 167 ; TC Bobigny, 22 novembre 1972, GP 1972, II, p. 890 : *« L'enfant conçu est destiné par nature à devenir une personne humaine et juridiquement protégé dès la conception »*. Tribunal correctionnel de Fontainebleau, 25 avril 1947, Dalloz, 1947, p. 312 ; CA Paris, 9 novembre 1951, Gazette du Palais, 1952/1, p. 236 ; Dalloz, 1952, IR, p. 38 : même lorsque le juge rejette la qualification d'homicide volontaire, il justifie ce choix par le fait que *« ce n'est pas parce que le fœtus n'est pas une personne humaine mais parce que cette atteinte fait l'objet d'une incrimination spéciale »* ; CA Versailles, 19 janvier 2000 : *« Le fœtus disposait d'une humanité distincte de celle de sa mère »*. Pour l'Allemagne : en première instance, le juge estime que le comportement du médecin, et sa faute médicale, caractérisent les éléments constitutifs de l'homicide involontaire (fahrlässige Tötung). Le juge de première instance de Bamberg requalifie l'infraction en avortement illégal (§218 StGB), estimant que l'enfant n'étant pas né, il ne peut bénéficier du régime pénal applicable à la personne humaine - OLG Bamberg, 06 mai 1988, NJW, 1988, p. 2963.

¹¹¹² Voir notamment CC, chambre criminelle, 30 juin 1999, n° 9782351.

l'être humain dès le commencement de sa vie, désormais rappelé par l'article 16 du Code civil dans la rédaction issue de la loi du 29 juillet 1994 [...] qu'en intervenant sans examen clinique préalable, le médecin a commis une faute d'imprudence et de négligence, qui présente un lien de causalité certain avec la mort de l'enfant que portait la patiente. Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 et 221-6 du Code pénal, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé».

Elle rejette donc les conclusions de l'Avocat général SAINTE-ROSE qui souhaitait qu'au nom de la *protection de la vie* la qualification d'homicide involontaire soit retenue contre ceux qui portent atteinte aux « *enfants à naître* »¹¹¹³. Elle réitère l'absence de protection pénale de l'être conçu, fût-il viable, dans un arrêt de 2001, déclarant qu' « *alors que le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits quand bien même il n'aurait pas respiré lorsqu'il a été séparé de sa mère ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a méconnu les textes et le principe ci-dessus mentionnés* »¹¹¹⁴.

368. Elle réaffirme, dans un arrêt de 2002, que

*« les juges, après avoir relevé que l'enfant mort-né ne présentait aucune lésion organique pouvant expliquer le décès, énoncent que cet enfant était à terme depuis plusieurs jours et que, si les fautes relevées n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère. Mais attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés. D'où il suit que la cassation est encourue ; qu'elle aura lieu sans renvoi, dès lors que les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale »*¹¹¹⁵.

369. En 2004, elle rejette, pour les mêmes raisons, le pourvoi formé devant elle : « *L'arrêt n'encourt cependant pas la censure, dès lors que, l'enfant n'étant pas né vivant, les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale* »¹¹¹⁶ et réaffirme en 2006 « *qu'en effet, le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique*

¹¹¹³ Pour une analyse, notamment, NEIRINCK C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *Dalloz*, 2003, p. 841.

¹¹¹⁴ CC, chambre criminelle, 29 juin 2001, n° 9985973. Voir notamment, BOULOC B., « Notion de victime d'un homicide involontaire », *RSC*, 2002, p. 97 ; MAYAUD Y., « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *op. cit.*, p. 2917 ; PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 2907 ; SAINTE ROSE J., « Un foetus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *op. cit.*, p. 2917 ; JOLY S., « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain, - à propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, le 29 juin 2001 », *op. cit.* ; VIGNEAU D., « Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en homme ! A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002 », *Droit de la famille*, novembre 2002, n° 11, p. 6 ; MURAT P., « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? », *Droit de la famille*, 2001, n° 24 ; LAMBOLEY A., « L'enfant à naître ne peut être victime d'un homicide volontaire regard critique sur la décision du 29 juin 2001 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation », *Médecine et droit*, 2002, n° 52, p. 5.

¹¹¹⁵ CC, chambre criminelle, 25 juin 2002, n° 0081359. Voir notamment, SAUTEL O., « Récidives... Brèves considérations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 2002 », *op. cit.*, p. 2475 ; BOULOC B., « Interprétation stricte de la loi pénale. Homicide involontaire. Victime. Enfant né non-vivant (non) », *RSC*, 2003, p. 91 ; MIRABAIL S., « Il ne saurait y avoir d'homicide involontaire sur un fœtus », *op. cit.*, p. 243.

¹¹¹⁶ CC, chambre criminelle, 4 mai 2004 n° 0386175. Voir notamment, PRADEL J., « La mort du foetus, le délit d'homicide involontaire et les hésitations de la Cour de cassation », *Dalloz*, 2004, p. 3097 ; MOULY J., « Du prétendu homicide de l'enfant à naître », *RSC*, 2005, p. 47.

relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus»¹¹¹⁷. Dans ces différentes décisions, la Cour énonce clairement que la protection pénale contre l'homicide involontaire n'est possible qu'envers une personne humaine, c'est-à-dire envers la vie postnatale. Le critère de rattachement à cette catégorie ne peut être que la naissance et la vie anténatale n'est, dès lors, pas protégée en tant que telle, par le droit. La Cour européenne des droits de l'homme ne le conteste pas. Elle estime que cette absence de protection n'est pas contraire à l'article 2 de la Convention car

*« les circonstances examinées par les organes de la Convention à ce jour, à savoir les législations régissant l'avortement, l'enfant à naître n'est pas considéré comme une "personne" directement bénéficiaire de l'article 2 de la Convention et que son "droit" à la vie, s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de sa mère. Les organes de la Convention n'excluent toutefois pas que, dans certaines circonstances, des garanties puissent être admises au bénéfice de l'enfant non encore né »*¹¹¹⁸.

370. Cependant, après ce rappel, qui souligne implicitement la différence de statut existant entre l'enfant à naître et la personne déjà née, la Cour considère que la question se situe sur un autre plan. Ici,

*« la question est dès lors de savoir si, hors de la volonté de la mère agissant dans le cas d'une interruption volontaire de grossesse, l'atteinte au fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'article 2 de la Convention, en vue de protéger le fœtus au titre de cet article. Elle suppose au préalable de se pencher sur l'opportunité pour la Cour de s'immiscer dans le débat lié à la détermination de ce qu'est une personne et quand commence la vie, dans la mesure où cet article dispose que la loi protège le droit de toute personne à la vie »*¹¹¹⁹.

Elle considère qu'en l'espèce, il n'y a pas eu violation de l'article 2 CESDH¹¹²⁰, révèlent ainsi, qu'à l'aune de la Cour, le droit pénal n'a pas nécessairement vocation à protéger *zoe*.

371. En Allemagne, cette absence de protection a été consacrée par un arrêt de la Cour fédérale de justice du 22 avril 1983 qui estime que l'atteinte involontaire à l'être conçu ne peut être pénalisée¹¹²¹. En premier lieu, le juge considère que l'infraction d'homicide n'est pas caractérisée car le §222 du Code pénal s'applique seulement aux personnes humaines, c'est-à-dire aux personnes déjà nées¹¹²². Il ajoute que la jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point¹¹²³. En second lieu, il considère que les dispositions relatives au §218 sur l'avortement ne sont pas applicables car

¹¹¹⁷ CC, chambre criminelle, 27 juin 2006, n° 0583767. ROUJOU DE BOUBÉE G., GARE T., MIRABAIL S., « Droit pénal », *Dalloz*, 2007, p. 399.

¹¹¹⁸ CEDH, *Vo contre France*, n° 5392400, §80 ; PRADEL J., « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *Dalloz*, 2004, p. 2456 ; SERVERIN E., « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2004, p. 2801 ; ROUJOU DE BOUBÉE G., « La mort du fœtus provoquée par l'imprudence d'autrui », *Dalloz*, 2004, p. 2754.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, §81.

¹¹²⁰ *Ibid.*, §95.

¹¹²¹ BGH, 22 avril 1983 - BGHSt, 31, 348.

¹¹²² Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹¹²³ BGH, 22 avril 1983 - BGHSt, 31, 348, §8 (jurion) ; « BGH, : Abgrenzung zwischen fahrlässiger Abtreibung und fahrlässiger Tötung », *NJW*, 1983, p. 2097 ; ROXIN, *Handbuch des Medizinstrafrecht*, 4^{ème} édition, 2010.

le législateur n'a pas entendu pénaliser l'atteinte involontaire à l'être conçu¹¹²⁴. Dans une seconde affaire en 1988¹¹²⁵, la Cour d'appel de Bamberg refuse, à nouveau, de sanctionner l'atteinte involontaire de l'être conçu et rejette l'argument fondé sur l'article 2 de la LF. Cela mène à la saisine de la Cour constitutionnelle qui ne se prononce toutefois pas sur le fond car les conditions de recevabilité ne sont pas réalisées, la requête étant par conséquent « *manifestement mal-fondée* »¹¹²⁶. Elle se contente de dire qu'un homicide ne peut être commis qu'à l'égard d'une personne humaine¹¹²⁷ mais constate que « *la non-pénalisation d'une atteinte involontaire prénatale entraînant la mort et particulièrement d'une atteinte involontaire réalisée par un médecin et son personnel médical peuvent certes mener à un vide pénal douteux d'un point de vue politique* »¹¹²⁸. Les termes de « vide pénal douteux », qui se retrouvent également d'autres décisions judiciaires¹¹²⁹, illustrent peut-être une certaine gêne du juge lorsqu'il doit énoncer que l'article 2 de la Loi fondamentale n'a en réalité pas de portée générale et ne protège pas la vie anténatale en dehors du cas particulier de l'IVG. De plus, même en admettant que le juge soit lié par un principe d'interprétation stricte de la loi pénale - et ne puisse, de ce fait, pas procéder à des analogies strictement interdites en la matière¹¹³⁰ - la mise en œuvre d'une approche pleinement axiologique de la vie - telle que défendue par la Cour constitutionnelle allemande - aurait pu conduire à sanctionner les atteintes involontaires à la vie anténatale. Ce contentieux met ainsi particulièrement en lumière le peu d'implications concrètes d'une approche axiologique et ontologique, de la vie. Cela explique à la fois le trouble des juges allemands, la résistance des juges du fond français¹¹³¹, « *l'évidente hésitation* » de la CEDH¹¹³², sa « *prudence* »¹¹³³ ou son absence de réponse de principe que certains interprètent comme une porte ouverte à un éventuel revirement¹¹³⁴. Cela explique également les fortes critiques soulevées par une partie de la doctrine française¹¹³⁵ et allemande¹¹³⁶ qui, se fondant sur une approche ontologique du droit à la

¹¹²⁴ BGH, 22 avril 1983 - BGHSt, 31, 348, §9 ; LÜRITGER, « Aus der Entstehungsgeschichte bei Tepperwien, Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung ? » JR, 1971, 1973 S. 116 ff.

¹¹²⁵ OLG Bamberg, 06 mai 1988, NJW 1988, p. 2963.

¹¹²⁶ « *Mangels Erfolgsaussicht* ».

¹¹²⁷ BVerfG, 29 juillet 1988, 2 BvR 898/88 : « *La décision contestée, qui considère que l'infraction du §222 StGB est conditionnée au fait que la victime soit tuée pendant ou après la naissance, correspond à la teneur de la disposition concernée et à la volonté objectivée du législateur, comme il l'exprime dans les §§ 211, 217, et 218 du Code pénal* ».

¹¹²⁸ BVerfG, 29 juillet 1988, 2 BvR 898/88.

¹¹²⁹ OLG Bamberg, 06 mai 1988, NJW 1988, p. 2963 : La Cour d'appel énonçait également que « *malgré toute sa compassion pour ces parents qui souffrent* », elle ne souhaitait pas combler « *Ce vide juridique politiquement douteux* » en procédant à une création jurisprudentielle et en empiétant sur le domaine réservé du législateur.

¹¹³⁰ KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.U., *StGB Kommentar*, §5 Analogieverbot, 5^{ème} édition, 2017.

¹¹³¹ Par exemple, Tribunal correctionnel de Tarbe, février 2014 : « *Conjugée aux considérations humaines unanimement partagées, [la réalité de l'atteinte mortelle] appara[issait] conforme aux principes juridiques et ne saurait être contestée par des prises de position purement doctrinales* ».

¹¹³² PRADEL J., « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *op. cit.*, p. 2456.

¹¹³³ BERRO-LEFEVRE I., « Statut juridique du fœtus », *Dalloz*, 2004, p. 2535.

¹¹³⁴ ROUJOU DE BOUBÉE G., « La mort du fœtus provoquée par l'imprudence », *Dalloz*, 2004, p. 2754.

¹¹³⁵ Voir notamment, VIGNEAU D., « L'atteinte volontaire, de la part d'un médecin, à la vie de l'enfant à naître n'entre pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du Code pénal », *Dalloz*, 1999, p. 713. Voir aussi, PRADEL J., « La

vie, estime que les juges ont porté atteinte à un principe qui préexistait à son interprétation et qu'elles *auraient dû* respecter¹¹³⁷. Au regard du droit positif, force est d'admettre que le droit ne protège pas la vie anténatale contre les atteintes involontaires des tiers.

372. L'idée d'une protection juridique anténatale du fœtus trouve certes un ancrage en droit positif français et allemand sous la forme d'un *principe* - constitutionnel en Allemagne et législatif en France. Cependant, en France, la consécration de ce principe de protection en 1975 a pour corollaire l'autorisation de son atteinte la plus fréquente : l'avortement. Il semble dès lors que cette protection ait avant tout une portée plus symbolique. En effet, il est politiquement nécessaire d'affirmer avoir des égards pour l'enfant à naître. Cependant, l'analyse des *règles* de droit positif montre que les atteintes portées à la vie anténatale par la femme enceinte sont désormais couvertes par la loi. Quant à celles qui sont portées par des tiers, elles se heurtent au refus des juges, tant en France qu'en Allemagne, à considérer le fœtus comme une personne humaine au sens du droit pénal et ne peuvent alors pas être sanctionnées au titre de l'interruption illégale de grossesse dès lors qu'elles sont involontaires. En ce qui concerne les atteintes volontaires, les droits allemand et français distinguent en fonction du *moment* auquel est réalisée l'atteinte pour la caractériser. Dans les deux cas, ces atteintes ne sont pas systématiquement sanctionnées par le droit. Le droit positif ne protège donc pas toujours la vie biologique, de telle sorte qu'il est possible de dire qu'il ne tend pas, à titre principal, à protéger *zoe*. Il procède, au contraire, à une catégorisation permanente entre différentes formes de vie : la personne juridique, la personne humaine et l'être humain (*i.e* être conçu). Il n'accorde pas à ces différentes catégories la même protection, que ce soit en droit civil ou en droit pénal. L'État procède à des choix biopolitiques dans la manière dont il encadre la protection de la vie. Il décide de ne pas accorder à la seule vie biologique la même protection qu'aux autres formes de vie, fixant des seuils, *catégorisant, distinguant* voire *hiérarchisant* entre ces différentes formes de vie. L'analyse de l'encadrement juridique de la vie *in vitro* confirme cette hypothèse

CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *op. cit.*, p. 2456 : L'auteur note que sur 34 commentaires de doctrine des arrêts de la Cour de cassation, 28 auteurs critiquent ses décisions.

¹¹³⁶ Sur ce point, voir HIRSCH H.J., « Anmerkung zu BGH 7.12.1983 », *JR*, 1985, p. 336 ; OTTO H., « Die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs », *Jura*, 1996, p. 135. Les positions doctrinales allemandes semblent plus mesurées qu'en France. La doctrine admet l'effet de « blocage » induit par le §218 dont l'interprétation stricte interdit au juge de pénaliser l'homicide involontaire. Voir, notamment, JUNG H., « Zur Abgrenzung der Strafbarkeit bei geburtshilflichen Versäumnissen », *NSiZ*, 1985, p. 316 ; MÜKO/SCHNEIDER, *Kommentar*, §211, Rn13 ; KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.U., *Strafgesetzbuchkommentar*, §211, 5^{ème} édition, 2017, Rn. 15.

¹¹³⁷ Voir notamment sur ce point, PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu », *op. cit.*, 2907 ; MIRKOVIC A., « Homicide involontaire : refus de l'extension au cas de l'enfant à naître - Cour d'appel de Pau » *Dalloz*, 2015, p. 378 ; MAYAUD Y., « Ephémère émotion autour du fœtus ! », *RSC*, 2015, p. 83 ; MAYAUD Y., « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *op. cit.*, p. 2917 ; PRADEL J., « La seconde mort de l'enfant conçu », *op. cit.*, p. 2907 ; SAINTE ROSE J., « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *op. cit.*, p. 2917 ; SAUTEL O., « Récidives... Brèves considérations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 2002 », *op. cit.*, p. 2475 ; BOULOC B., « Interprétation stricte de la loi pénale. Homicide involontaire. Victime. Enfant né non-vivant », *RSC*, 2003, p. 91 ; MIRABAIL S., « Il ne saurait y avoir d'homicide involontaire sur un fœtus », *op. cit.*, p. 243.

Section 2. La protection juridique de la vie *in vitro* : une protection variable

373. Afin de montrer que la vie n'est pas appréhendée par le droit comme un processus continu, que ce n'est pas *zoe* qu'il protège, il convient également de s'intéresser à la manière dont les ordres juridiques français et allemand encadrent l'embryon *in vitro*, c'est-à-dire à la forme de vie qui existe, dans le cadre d'un processus d'AMP, entre la fécondation *in vitro* et l'implantation de l'embryon dans le corps de la femme. Or, il ressort de l'analyse de l'encadrement juridique de l'AMP que, même si dans les années 1990, le principe de protection continue de la vie humaine est réaffirmé, en France et en Allemagne, les ordres juridiques ne protègent pas la vie *in vitro* en tant que telle. L'analyse de deux domaines dans lesquels la question de la protection de l'embryon *in vitro* se pose avec une particulière acuité permet de le montrer : celui de la médecine reproductive (**sous-section 1**) et celui de la recherche scientifique (**sous-section 2**).

Sous-section 1. La variabilité de la protection juridique de la vie dans le cadre de la médecine reproductive

374. Dans les années 1990, alors que les activités de médecine reproductive sont appelées à être encadrées par le droit, les ordres juridiques français et allemand se saisissent de l'encadrement juridique de la vie *in vitro*. Alors qu'ils légifèrent sur l'assistance médicale à la procréation, ils réaffirment l'existence d'un *principe* de protection juridique continue de la vie (**I**). Cependant, les *règles* encadrant la vie *in vitro* dans le cadre de la médecine reproductive laissent, une fois de plus, apparaître une protection lacunaire de celle-ci. Le droit de la bioéthique procède, lui aussi, à des *catégorisations* entre les différentes formes de vie qui mettent, à nouveau, à mal l'idée selon laquelle le droit protègerait *zoe* (**II**).

I. La réaffirmation d'un principe de protection juridique continue de la vie nue

375. En France et en Allemagne, dans les années 1990, lors de l'encadrement législatif de la médecine reproductive, un principe de protection de la vie est réaffirmé (**A**). Afin de concrétiser cette idée, les lois bioéthiques entendent même empêcher - ou limiter - la création d'embryons surnuméraires, c'est-à-dire d'embryons conçus dans le cadre d'une fécondation *in vitro* (FIV) mais qui ne sont pas directement implantés dans l'utérus de la femme et risquent, partant, d'être détruits (**B**).

A. La consécration d'un principe général de protection de la vie *in vitro*

376. Le principe de protection est affirmé à l'échelle législative (1), voire constitutionnelle (2).

1. Affirmation législative

377. En France et en Allemagne, les lois relatives à l'encadrement de la médecine procréative consacrent un principe de protection de la vie (a). Cependant, seul le législateur allemand va jusqu'à définir le statut de l'embryon *in vitro*, et ce, afin d'affirmer avec force que la vie est protégée dès la conception (b).

a. L'affirmation dans la loi d'un principe de protection de la vie *in vitro*

378. Affirmer la protection de la vie nue dans le cadre de la médecine reproductive est d'autant plus important qu'il s'agit de pratiques qui impliquent de manipuler du matériel biologique et génétique humain. Partant, la vie y est encore plus vulnérable et disponible que lorsqu'elle est *in utero*.

379. En France, c'est la raison pour laquelle la loi de 1994 relative au respect du corps humain¹¹³⁸ modifie l'article 16 du Code civil et énonce que « *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* ». Le législateur réaffirme ainsi le principe de protection déjà proclamé par la loi de 1975 sur l'avortement¹¹³⁹. Cette idée de protection est très visible lors des débats bioéthiques de 1994. Les parlementaires français affirment que la loi a pour finalité de protéger la vie anténatale *in vitro*. Il est ainsi possible de lire que

¹¹³⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

¹¹³⁹ L'article 16 du Code civil - adopté par la loi de 1994 - insiste, qui plus est sur la personnalisation du fœtus en modifiant les termes de la loi de 1975 et en remplaçant la formule « *la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* » par celle prescrivant que « *la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». En ce sens, voir aussi, BINET J.R., *Droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, 2017, p. 114 : « *L'enfant conçu est par principe l'objet d'un devoir de respect, qui n'est écarté que pour les causes et selon les conditions prévues par la loi* ».

« toutes les dispositions tendent [...] à protéger l'embryon »¹¹⁴⁰, qu'« il importe en conscience de statuer sur le respect de l'embryon [...] »¹¹⁴¹ ou encore que « l'essentiel est de protéger l'embryon. Il est impossible de donner une définition de la vie, qui serait trop personnelle [...]. Il est donc plus sage de s'en tenir à ce que tous reconnaissent comme une nécessité absolue : protéger l'embryon »¹¹⁴² en raison de l'« inviolabilité absolue de la vie humaine »¹¹⁴³ et du « respect absolu dû à la vie humaine innocente »¹¹⁴⁴.

380. Par ailleurs, l'idée d'un processus *continu* devant être protégé dès la conception est réaffirmée :

« le statut [de la vie humaine] ne peut être que celui de notre conception à notre mort »¹¹⁴⁵, qu'« il n'existe pas de rupture franche entre l'instant de la conception et celui de la mort »¹¹⁴⁶ ou encore que « le respect de la vie humaine, dès lors qu'elle a pris corps et jusqu'à son terme est un impératif que nul ne peut violer [...] oui, la vie doit être respectée dès son commencement, l'embryon s'inscrivant dans un continuum qui, de l'œuf fécondé jusqu'à la mort, en accomplit l'évolution. À partir de la conception se trouve un formé, un nouveau maillon, qui porte en lui la totalité de l'être, de son identité et de sa dignité »¹¹⁴⁷.

381. Les parlementaires semblent ainsi se fonder sur une conception ontologique de la vie : il s'agirait d'un processus continu de la conception à la mort dont la protection s'imposerait à l'ordre juridique. Cette rhétorique sert à défendre une conception unitaire de la vie, renforçant l'idée selon laquelle c'est la stricte vie *biologique* que le droit protège.

382. Cette idée est largement relayée par une partie du discours doctrinal qui énonce que

« le texte de 1975 s'ouvre par une proclamation (article 1er) constituant plutôt la reconnaissance implicite de la vie de l'embryon dès la conception, reprise par le législateur de 1994 lui-même (article 16 nouveau Code civil) avec valeur expresse de principe fondamental, et même avec précision (en 1994) de la protection de l'être humain dès le commencement de sa vie, ce qui personnalise encore plus l'intéressé »¹¹⁴⁸.

383. L'article 16 du Code civil insisterait, en effet, sur la *personnalisation* du fœtus en remplaçant la formule de 1975 « la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie » par celle prescrivant que « la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »¹¹⁴⁹. Par ailleurs, nombreux sont les auteurs à considérer que « la loi française affiche [...] en premier lieu une faveur pour la

¹¹⁴⁰ Sénat, 20 janvier 1994, Pierre Mehaignerie, p. 363.

¹¹⁴¹ Sénat, 20 janvier 1994, François Collet, p. 361.

¹¹⁴² Propos du sénateur Pierre Méhaignerie cités par MIRKOVIC A., *La notion de personne humaine, étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, *op. cit.*, §48.

¹¹⁴³ Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 119.

¹¹⁴⁴ Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 115.

¹¹⁴⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 116.

¹¹⁴⁶ Sénat, 18 janvier 1994, Charles Descours, p. 230.

¹¹⁴⁷ Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Louvot, p. 143.

¹¹⁴⁸ MÉMETEAU G., « L'embryon législatif », *op. cit.*, p. 355, se fondant sur AN, 8 avril 1994, Christine Boutin, p. 674.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

protection de l'être humain, dès le commencement de sa vie »¹¹⁵⁰, et ce, car « *la vie d'un homme, depuis sa conception jusqu'à sa mort, constitue une évolution continue* »¹¹⁵¹.

384. En Allemagne, les débats parlementaires témoignent également d'un consensus quant à la nécessité de protéger la vie *in vitro*. En ce sens, le projet de loi présenté en 1989 par le gouvernement¹¹⁵² - qui deviendra la loi relative à la *protection* de l'embryon¹¹⁵³ - énonce dans ses motifs que « *le projet de loi porte, avant tout, en lui les valeurs [...] de la protection de la vie [...] la vie et la dignité nécessitant une protection approfondie* »¹¹⁵⁴. Cette opinion est suivie par nombreux parlementaires qui estiment en effet que « *le projet est l'expression des valeurs fondamentales de la Constitution* »¹¹⁵⁵ ou que « *notre Constitution, la Loi fondamentale, impose, de protéger la vie. [...]* »¹¹⁵⁶. Le projet de loi précise également que « *le projet part du principe que la vie humaine apparaît dès la conception, c'est-à-dire dès la fusion nucléaire du spermatozoïde et de l'ovocyte [et que] le maniement de cette vie humaine doit être très clairement limité* »¹¹⁵⁷. Certains parlementaires ajoutent lors des débats que « *si l'État veut aujourd'hui protéger la vie humaine, il doit le faire de son début à sa fin [car] la vie humaine commence à l'instant de la fusion nucléaire entre le spermatozoïde et l'ovocyte* »¹¹⁵⁸. Les autres projets de loi proposés par l'opposition¹¹⁵⁹ affirment également l'importance de la protection de la vie anténatale, se référant notamment à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur l'avortement¹¹⁶⁰. Mais le fait que ce soit la loi *relative à la protection de l'embryon*¹¹⁶¹ du 13 décembre 1990 qui est votée - et non les autres projets ou propositions de loi relatifs à la réglementation de l'AMP - est particulièrement significatif de ce que

¹¹⁵⁰ VIGNEAU D., « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *Dalloz*, 2011, p. 2224; VIRIOT-BARRIAL D., « Dignité de la personne humaine », juin 2014; Dans le même sens, MÉMETEAU G., « L'embryon législatif », *op. cit.*, p. 355; LABRUSSE-RIOU C., BAUDOUIN J.L., *Produire l'homme, de quel droit ?*, *op. cit.*; RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation (après la promulgation des lois bioéthiques) », *JCP G*, 1994, I, 3796, spécialement n° 66; DHONTE ISNARD V.E., *L'embryon humain in vitro et le droit*, Paris, Harmattan, 2004.

¹¹⁵¹ MARTIN R., « Les premiers jours de l'embryon. À propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP*, n° 8/9, 20 février 2002, p. 383.

¹¹⁵² Gesetzentwurf der Bundesregierung, 11 août 1989, Drucksache 417/89.

¹¹⁵³ Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG), 13 décembre 1990, BGBl I, p. 274. Pour un commentaire, DEUTSCH, « Embryonenschutz in Deutschland », *NJW*, 1991, p. 721.

¹¹⁵⁴ Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 11 août 1989, Drucksache 417/89, p. 11.

¹¹⁵⁵ BR, 604^{ème} séance, 22 septembre 1989, Walters Remmers p. 352.

¹¹⁵⁶ BT, 183^{ème} séance, 8 décembre 1989, Bundesminister Engeldhard, p. 14166.

¹¹⁵⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, 11 août 1989, Drucksache 417/89, p. 8.

¹¹⁵⁸ BT, 183^{ème} séance, 8 décembre 1989, Seesing, p. 14170; BT, 183^{ème} séance, 8 décembre 1989, Seesing, p. 14171 : « *La nécessité d'une protection de la vie dès ses premiers stades de développements* »; BT, 183^{ème} séance, 8 décembre 1989, Funke p. 14174.

¹¹⁵⁹ En ce sens, Gesetzentwurf zur Regelung von Problemen der künstlichen Befruchtung beim Menschen und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen, Fortpflanzungsmedizinengesetz, BT Drucksache 11/5710; Antrag des Freistaates Bayern Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des künstlichen Befruchtung beim Menschen, 15 novembre 1988, Drucksache 535/88.

¹¹⁶⁰ Voir notamment le projet de loi du 10 avril 1989, Drucksache 186/89 : « *La vie humaine, qui commence avec la fusion d'un gamète et d'un ovocyte, se trouve dès son début sous la protection des valeurs constitutionnelles en faveur de la dignité et de la vie* » ou du 16 novembre 1989, Drucksache 11/5710 : « *Principe préventif de protection de la vie* ».

¹¹⁶¹ La loi est « *improprement nommée* » puisqu'elle vise aussi l'AMP, selon FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 10.

les parlementaires entendent protéger la vie. En France, la loi allemande est d'ailleurs présentée comme prévoyant une « *protection absolue* »¹¹⁶² de l'embryon.

385. Cette protection se manifeste également dans la définition expresse que la loi allemande donne de la vie humaine.

b. Le statut juridique de l'embryon *in vitro*

386. Définir le statut de l'embryon, c'est dire explicitement *quand* commence la vie humaine. En définissant le statut de l'embryon, le droit allemand entend ainsi affirmer que la vie *in vitro* est protégée dès la conception.

387. Le §8 de la loi relative à la protection de l'embryon de 1990 énonce ainsi qu'« *est considéré comme un embryon au sens de la loi, l'ovule fécondé et apte à évoluer dès la fusion nucléaire, et plus largement chaque cellule totipotente prélevée sur un embryon, qui dispose des caractéristiques nécessaires pour se séparer et se développer en un individu* »¹¹⁶³. La loi opte donc pour une prise de position fondamentale sur la conception même de ce qu'est l'humanité¹¹⁶⁴. Cette définition a d'ailleurs fait dire aux commentateurs français que l'Allemagne prévoit effectivement « *une protection de l'être humain dès la fécondation* »¹¹⁶⁵. Même si la loi définit l'embryon, elle ne précise pas expressément son statut, qui demeure controversé¹¹⁶⁶. Cela étant, une loi relative à la protection de l'embryon humain, sous-tendue par une rhétorique des droits fondamentaux, suggère fortement un statut juridique invariable de la vie humaine.

388. En France, l'absence de définition législative¹¹⁶⁷ de l'embryon est partiellement intentionnelle. En effet, lors des débats parlementaires, il est déclaré que « *finalement, à une très large majorité, il a été décidé de mettre en œuvre une protection réelle de l'embryon plutôt que de tenter de le définir [car la] définition [...] n'aurait pu satisfaire personne* »¹¹⁶⁸ ou que « *délibérément, ni l'Assemblée nationale, ni le gouvernement n'ont souhaité définir un statut de l'embryon* »¹¹⁶⁹. Les différents rapports institutionnels qui précèdent les lois bioéthiques recommandent « *de s'en tenir à la réaffirmation du respect de la vie dès son*

¹¹⁶² ABM, *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, 2010, p. 13.

¹¹⁶³ Pour un commentaire du §8 de la loi, MÜLLER-TERPITZ R., SPICKHOFF A., *ESchG*, §8 Begriffsbestimmung, *Medizinrecht*, 2^{ème} édition, 2014, Rn. 1-3 ; LUNGSTRAS A.B., « Die Präimplantationsdiagnostik verbieten oder erlauben? - Ein Blick auf die Debatte um den Embryo in vitro », *JR*, 2010, p. 485. L'auteure oppose la définition scientifique de l'embryon (le zygote) à sa définition juridique.

¹¹⁶⁴ EDELMAN B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *Dalloz*, 1995, p. 205.

¹¹⁶⁵ JACQUINOT C., « L'éthique du vivant », *Gazette du Palais*, 25 octobre 1997.

¹¹⁶⁶ WENDELHORST C., in *Münchener Kommentar zum BGB*, Article 43, EGBGB, 6^{ème} édition, 2015, 29a ; LAUFS A., KERN B.R., *Handbuch des Arztrechts*, 4^{ème} édition, 2010, §129 Fortpflanzungs- und Genmedizin, Rn 49-52 ; BVerfG, 28 mai 199 - BverGE 88, 203.

¹¹⁶⁷ Voir notamment, AN, 24 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5858 : « *Nous avons dit que nous ne le savions pas (si l'embryon était ou non une personne) que nous n'étions pas capables de le déterminer et qu'il n'appartient pas au législateur d'en décider* ».

¹¹⁶⁸ Sénat, 20 janvier 1994, Pierre Méhaignerie, p. 411.

¹¹⁶⁹ AN, séance 1 du 19 avril 1994, Christine Boutin, p. 944.

commencement et de ne pas aborder l'impossible statut de l'embryon »¹¹⁷⁰. Cette absence de définition s'explique notamment par une raison pragmatique, liée au fait qu'il n'existe aucun consensus sur cette définition¹¹⁷¹ : « Nous n'aborderons pas ici le débat sur le statut de l'embryon humain, car nous le savons, trop de divergences philosophiques [nous] séparent [...] »¹¹⁷². Par ailleurs, au-delà de la crainte d'une remise en compte de l'IVG¹¹⁷³, cette absence de définition s'explique également par des raisons théoriques liées à la violence politique d'une définition de la vie¹¹⁷⁴. En effet, il n'appartiendrait pas au législateur de définir la vie car sa définition serait *transcendantale* : « La force de conviction qui serait nécessaire pour adopter une telle attitude ne peut se fonder que sur une conception transcendante de la vie humaine, qui, seule, peut lui reconnaître un caractère sacré, c'est-à-dire inviolable »¹¹⁷⁵. Ainsi, c'est précisément le caractère ontologique de la définition de la vie qui empêcherait le législateur de s'en saisir. L'absence de statut reste néanmoins critiquée par ceux qui souhaitent que le caractère ontologique de la vie soit consacré par la loi : « Le paradoxe des débats parlementaires [...] sur la bioéthique fût que l'on refusa systématiquement d'affirmer un statut de l'embryon, tout en admettant la nécessité de sa protection [...] »¹¹⁷⁶. En Allemagne, ce caractère apparaît même consacré à l'échelle constitutionnelle.

2. Affirmation constitutionnelle

389. Même si la Cour constitutionnelle allemande ne s'est jamais expressément prononcée sur l'embryon *in vitro*¹¹⁷⁷, les décisions relatives à l'avortement de 1975 et de 1993 ont été majoritairement interprétées comme permettant d'affirmer la protection de la vie de l'embryon *in*

¹¹⁷⁰ MATTÉI, J.F., *Rapport sur l'éthique biomédicale*, Paris, 15 novembre 1993. Dans le même sens, LENOIR N., *Aux frontières de la vie - pour une démarche française en matière d'éthique biomédicale*, Paris, La documentation française, 1991, p. 72.

¹¹⁷¹ Il est à nouveau possible de constater l'ampleur des divergences, qu'on lise que « l'embryon, est une personne sujet de droit », que « potentielle ou non, il s'agit de mon point de vue d'une personne humaine » (AN, 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5784) que « l'enfant conçu est déjà une personne autonome juridique » ; ou bien au contraire « qu'il ne l'est pas, même potentiellement ». Lors des débats de 1994, certains voient dans l'embryon un sujet de droit, d'autres une « potentialité de personne humaine qui mérite une attention particulière », tandis que certains y perçoivent une « connotation certaine d'émotions car il définit un quasi-être humain », un simple « aïef » (AN, 20 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5784) ou une « potentialité de personne » (AN, 20 novembre 1992, Bernard Kouchner, p. 5731). Voir aussi, CLERCKS J., « L'embryon humain - le législateur, le début de la vie et la loi relative à la bioéthique », *Revue du droit public*, n° 3-2006, p. 749 : Pour justifier cette absence, on « invoqua les querelles biologiques et philosophiques inextricables sur la nature et la définition de l'embryon par lesquels il faudrait passer ».

¹¹⁷² AN, 20 novembre 1992, Bernard Kouchner, p. 5731.

¹¹⁷³ Sénat, 14 janvier 1994, Charles Lederman, p. 150 ; JACQUINOT C., « L'éthique du vivant », *Gazette du Palais*, 25 octobre 1997.

¹¹⁷⁴ CLERCKS J., « L'embryon humain - le législateur, le début de la vie et la loi relative à la bioéthique », *op. cit.*, p. 749 : Pour justifier cette absence, on « invoqua les querelles biologiques et philosophiques inextricables sur la nature et la définition de l'embryon par lesquels il faudrait passer ».

¹¹⁷⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 119.

¹¹⁷⁶ AN, 19 novembre 1992, Christine Boutin, p. 5737. Voir également, en ce qui concerne la doctrine juridique, VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », *op. cit.* ; TAISNE J.J., « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes », *op. cit.*, p. 25 ; CLERCKS J., « L'embryon humain - le législateur, le début de la vie et la loi relative à la bioéthique », *op. cit.* ; LEGROS E., « L'embryon défectueux », *LPA*, 5 décembre 2002, n° 243 p. 63.

¹¹⁷⁷ La loi sur l'embryon n'a pas été soumise à la Cour constitutionnelle. Cela s'explique notamment par le fait, que le contrôle *a priori in abstracto* est beaucoup plus rare que le contrôle *a posteriori in concreto*. Article 93 et 100 de la Constitution.

in vitro (b). En France, en revanche, le Conseil constitutionnel n'accorde pas à la vie *in vitro* une telle protection. Au contraire, il l'exclut du champ d'application de l'article 16 du Code civil (a).

a. L'absence de protection constitutionnelle de la vie *in vitro* en France

390. En France, le Conseil constitutionnel n'accorde aucune protection à l'embryon *in vitro*. En effet, en 1994, le Conseil constitutionnel déclare que le législateur n'a pas voulu, en posant le principe de respect de l'être humain à l'article 16 du Code civil, l'appliquer à l'embryon *in vitro* :

*« Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés in vitro de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons »*¹¹⁷⁸.

391. Par conséquent, il n'existe pas en droit français « *d'unité de la condition humaine avant la naissance : l'embryon ou le fœtus in utero et in vitro ne sont pas égaux devant la loi* »¹¹⁷⁹. Le Conseil constitutionnel estime ici que le silence de la loi signifie l'exclusion de l'embryon *in vitro* de la catégorie juridique des êtres humains protégés par la loi¹¹⁸⁰. Par cette décision - critiquée par les auteurs qui défendent une conception ontologique de la vie¹¹⁸¹ -, le Conseil constitutionnel établit clairement une *hiérarchisation* entre les différents stades de vie¹¹⁸². Ainsi, même si dans cette décision de 1994, le Conseil constitutionnel français a accordé une valeur constitutionnelle au principe de dignité humaine, qui bénéficie, selon certains auteurs, à l'embryon *in vitro*¹¹⁸³, il ne lui accorde pas de droit à la vie. Le Conseil constitutionnel met ainsi en lumière les processus de *catégorisation* auquel procède le droit en n'accordant pas la même protection à toutes les formes de vie anténatale. La vie est un objet sur lequel l'État exerce son pouvoir politique et ce pouvoir lui permet de *hiérarchiser* entre les embryons en principe protégés par l'article 16 et ceux qui ne le sont pas.

¹¹⁷⁸ Conseil constitutionnel, DC n° 343-344, 27 juillet 1994, considérant 9.

¹¹⁷⁹ LOISEAU G., « La qualification juridique de l'embryon : sujet ou objet ? », in JOUANNET P., PAYLEY-VINCENT C. (dir.), *L'embryon, le fœtus, l'enfant*, Paris, édition ESKA, 2009, p. 91.

¹¹⁸⁰ Contra : BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. 182 : « Si l'on admet que qualification et régime puissent être dissociés alors il est possible de maintenir la qualification d'être humain pour les embryons *in vitro* tout en les excluant du régime du respect ».

¹¹⁸¹ EDELMAN B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *Dalloz*, 1995, p. 205 : « Ressuscité l'esclavage sous les espèces de l'embryon *in vitro* [...] chassé de l'humanité » ; RAYMOND G., « L'assistance médicale à la procréation », *JCP*, 1994, I, p. 3796 ; MATHIEU B., « La vie en droit constitutionnel comparé. Élément de réflexions sur un droit incertain » *RIDC*, 1998, Vol. 50, n° 4, p. 1031.

¹¹⁸² Contra : BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., p. 183 : « Les embryons *in vitro* font en effet l'objet de normes qui ne le protègent pas pour lui mais qui le dépassent en ce qu'elles le considèrent comme matériau humain [...] les embryons *in vitro* apparaissent donc bien comme des êtres humains, mais selon un autre fondement législatif ».

¹¹⁸³ Conseil constitutionnel, DC n° 94-343-344, 27 juillet 1994. Voir notamment, pour une approche en partie critique de cette consécration, LE POURHIET A.M., « Le Conseil constitutionnel et l'éthique biomédicale » in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 214. Pour une analyse plus approfondie, cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

b. L'approche axiologique de la protection constitutionnelle de la vie *in vitro* en Allemagne

392. La protection constitutionnelle de la vie *in vitro* est affirmée en Allemagne, même si le juge constitutionnel allemand ne s'est jamais prononcé, ni sur la constitutionnalité de la loi relative à la protection de l'embryon humain de 1990, ni sur l'applicabilité de l'article 2 de la LF aux embryons *in vitro*. Cependant, sa décision sur l'avortement en 1993 - soit trois ans après l'édiction de la loi de 1990 - est unanimement considérée comme incluant les embryons *in vitro* dans le champ de protection constitutionnelle¹¹⁸⁴. La doctrine¹¹⁸⁵ estime majoritairement que l'embryon *in vitro* entre dans la sphère de protection de l'article 2 de la LF¹¹⁸⁶. Elle se fonde sur les propos de la Cour qui estime que cette protection s'applique non pas seulement au fœtus autonome et viable mais bien à l'être conçu en général¹¹⁸⁷. En effet, bien que la Cour fasse allusion au seuil de la nidation, elle insiste sur le caractère continu du processus de développement :

« Le processus de développement est un processus continu, qui ne présente aucune coupure et qui ne permet pas de distinction entre les différentes étapes de développement de la vie humaine »¹¹⁸⁸, précisant « qu'importe la manière dont sont déterminées les différentes phases de la vie anténatale d'un point de vue biologique, philosophique, théologique, ou comment elles ont pu être historiquement déterminées, il s'agit d'étapes toutes indispensables dans le développement de l'existence individuelle. Dès que la vie humaine existe, la dignité humaine apparaît »¹¹⁸⁹.

393. La référence à la dignité humaine¹¹⁹⁰ dans les décisions de la Cour constitutionnelle a été interprétée comme impliquant la protection de la vie de l'être conçu *in vitro*¹¹⁹¹. À l'appui d'une telle interprétation, il faut admettre que les propos de la Cour lient intrinsèquement la question de la dignité à celle de la vie :

« La Loi fondamentale impose à l'État de protéger la vie humaine, y compris anténatale. Ce devoir de protection trouve son fondement dans l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale ; son objet et son échelle sont déterminés par l'article 2 alinéa 2 de la Loi fondamentale. La dignité humaine appartient à la vie humaine dès le stade anténatal. L'ordre juridique doit garantir le bon déploiement du droit à la vie autonome de l'être conçu »¹¹⁹².

¹¹⁸⁴ Voir notamment, SACKSOSFKY U., *Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro*, *op. cit.*, p. 35 et suivantes ; IPSEN J., « Der Verfassungsrechtliche Status des Embryos *in vitro* », *JZ*, 2001, p. 989 ; HEUN W., « Embryonenforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos », *JZ*, 11, 2002, p. 517.

¹¹⁸⁵ En ce sens, LAUFS A., KERN B.R., *Handbuch des Arztrechts*, 4^{ème} édition, 2010, §129 Fortpflanzungs- und Genmedizin, Rn 49-52 ; SACKSOSFKY U., « Der verfassungsrechtliche Status des Embryos *in vitro* », *op. cit.*, p. 13 ; contra : HEUN W., « Embryonenforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos », *op. cit.*, p. 517.

¹¹⁸⁶ Voir notamment IPSEN J., « Der verfassungsrechtliche Status des Embryos *in vitro* », *op. cit.*, p. 994.

¹¹⁸⁷ Pour la liste de ces auteurs, voir SACKSOSFKY U., *Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro*, *op. cit.*, p. 7 ; Voir également, TERBILLE M., CLAUSEN T., SCHROEDER-PRINTZEN J., *Münchener Anwaltsbandbuch, Medizinrecht*, 2^{ème} édition, 2013, Rn 107-111, §13 Recht der Transplantations-, Transfusions- und Reproduktionsmedizin, Beilz.

¹¹⁸⁸ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §133.

¹¹⁸⁹ BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203, §151.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, considérant 1.

¹¹⁹¹ Voir notamment, pour une analyse générale du propos, SACKSOSFKY U., *Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro*, *op. cit.*, p. 49. En revanche, l'auteure ne lie pas protection de la dignité et protection de la vie.

¹¹⁹² BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203, considérant 1.

Elle considère ainsi que le droit à la vie découle de la protection de la dignité humaine.

394. Par ailleurs, en Allemagne, lors des débats relatifs à la loi sur l'embryon humain à la fin des années 1980, les parlementaires se réfèrent à l'article 2 alinéa 2 de la LF et à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur l'avortement pour affirmer la protection de la vie *in vitro*. Ils inscrivent leur argumentaire dans une rhétorique axiologique fondée sur l'idée selon laquelle la vie anténatale est une *valeur fondamentale* de l'ordre juridique¹¹⁹³. Les députés rappellent que « *les valeurs les plus fondamentales de notre constitution ont été mises en œuvre contre les nouvelles possibilités d'instrumentalisation de la vie humaine. Depuis 40 ans, notre constitution nous rappelle que la Loi fondamentale a érigé un "ordre de valeur", qui - je me permets de citer la Cour constitutionnelle - place chaque être humain et sa dignité au centre de chaque réglementation* »¹¹⁹⁴. La référence à la valeur fondamentale que constitue l'article 2 de la Constitution se retrouve dans tous les projets de loi¹¹⁹⁵ qui considèrent « *que les limites du possible sont à évaluer au regard des valeurs de la Loi fondamentale* »¹¹⁹⁶. Le projet de loi du gouvernement fonde explicitement certaines de ses dispositions¹¹⁹⁷ sur l'article 2 alinéa 2 de la LF, relatif au droit à la vie, incluant l'embryon *in vitro* dans le champ de protection de la Loi fondamentale¹¹⁹⁸.

395. Ainsi, même si la Cour constitutionnelle n'intègre pas expressément les embryons *in vitro* dans le champ de l'article 2 LF - ce qui lui est impossible dans le cadre d'une décision relative à l'avortement - elle cherche malgré tout, dans sa décision de 1993, à intégrer autant que possible la vie anténatale *in vitro* dans le champ d'application de l'article 2 LF.

396. À des niveaux normatifs différents, et en optant pour une définition plus ou moins claire de l'embryon *in vitro*, les droits français et allemand entendent ainsi réaffirmer l'existence d'un principe de protection continue de la vie humaine. À ces fins, ils tentent d'empêcher la création d'embryons surnuméraires afin de ne pas laisser les embryons *in vitro* conçus mais non implantés sans protection.

¹¹⁹³ BT, 183^{ème} séance, 8 décembre 1989, Engelhard, p. 14166 : « *De telles possibilités ne sont pas compatibles avec l'article 2 de la LF qui protège la vie humaine* »

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ Voir la proposition de loi de la Bavière : Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der künstlichen Befruchtung beim Menschen, 15 novembre 1988, Drucksache 535/88 ; ou celle du gouvernement : Gesetzentwurf der Bundesregierung, 11 août 1989, Drucksache 417/89.

¹¹⁹⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der künstlichen Befruchtung beim Menschen, 15 novembre 1988, Drucksache 535/88.

¹¹⁹⁷ Celles relatives notamment à l'interdiction de créer des embryons à d'autres fins que celles de la grossesse (Drucksache 417/89, p. 14).

¹¹⁹⁸ BR, 604^{ème} séance, 22 septembre 1989, Walters Remmers p. 352 : « *L'expression des valeurs fondamentales de la Constitution* ».

B. La consécration d'un principe de limitation des embryons surnuméraires

397. En principe, la médecine reproductive a pour finalité première de permettre la naissance d'un enfant. En cela, elle n'est pas, *a priori*, un danger pour la vie anténatale puisqu'elle cherche sa création et non sa destruction. L'être *in vitro* a donc vocation à être implanté, à se développer et à naître. Toutefois, il n'est pas rare que des embryons - dits surnuméraires - soient conçus dans le cadre d'une FIV et ne soient pas implantés directement. Dans un tel cas de figure, quatre options sont possibles : la conservation, le don à un autre couple, le don à la science ou la destruction. Pour éviter d'être confrontées à un tel choix, la France et l'Allemagne affirment limiter la création des embryons surnuméraires. Si cette limitation est un objectif central en Allemagne de la loi de 1990 (1), elle n'est qu'incidente et récente en droit français, et l'on peut en réalité douter de son efficacité (2).

1. Une consécration *a maxima* en Allemagne

398. En 1990, le législateur allemand a clairement posé la règle selon laquelle il est pénalement interdit de « féconder au sein d'un même cycle, plus d'ovocytes qu'il est possible d'en implanter dans l'utérus de la femme »¹¹⁹⁹. La troisième phrase de l'alinéa 1 précise qu'il est, par ailleurs, interdit de transférer à la femme plus de trois embryons au sein d'un même cycle. Ces deux dispositions sont interprétées comme formant une « règle des trois », qui impose une limite de trois ovocytes fécondés par cycle¹²⁰⁰. La Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurance maladie réaffirme cette règle dans sa directive de 1990. Cette Commission fédérale est le conseil décisionnel le plus élevé de l'organisme médical autonome¹²⁰¹ en charge de la détermination des prestations remboursées par l'assurance maladie allemande. Dans le cadre de la médecine reproductive, elle publie notamment en 1990 une directive dans laquelle elle liste les techniques d'AMP prises en charge par l'assurance maladie. Elle y précise « qu'en cas d'insémination autologue, en dehors de certains cas exceptionnels, seuls trois embryons peuvent être fécondés afin d'éviter les risques de grossesse multiples »¹²⁰². Elle dispose également que les « prestations prises en charge n'englobent pas les mesures qui sortent du cadre de l'AMP - telles que la

¹¹⁹⁹ §1alinéa 1 phrase 5 EschG.

¹²⁰⁰ FROMMEL M., « Deutscher Mittelweg in der Anwendung des Embryonenschutzgesetzes (EschG) mit einer an den aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand orientierten Auslegung der für die Reproduktionsmedizin zentralen Vorschrift des §1, Abs.1, n° 5 ESchG unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des EschG », *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie*, 1/2007.

¹²⁰¹ Notamment les médecins hospitaliers, les médecins des caisses d'assurance maladie ; mais aussi les dentistes et les psychothérapeutes.

¹²⁰² Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (BaAK), *Richtlinie über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*, 14 août 1990, p. 6.

cryoconservation du sperme, des ovocytes imprégnés ou des embryons non transférés »¹²⁰³. La cryoconservation n'est donc pas, par principe, autorisée en Allemagne. L'absence de prise en charge financière de la cryoconservation illustre une forme *a minima* de désapprobation de la pratique par l'ordre juridique¹²⁰⁴. Même si cette absence de prise en charge financière est très probablement guidée par des considérations économiques, il s'agit en effet d'un *choix* qui met en lumière une absence de volonté politique de soutenir la cryoconservation des gamètes : alors que l'ordre juridique fait le *choix* de rembourser certaines pratiques d'AMP - à l'instar de la FIV (à hauteur de 50%)¹²⁰⁵ -, il ne le fait pas en ce qui concerne la cryoconservation.

399. En matière de médecine reproductive, une autre commission, la Chambre fédérale des médecins, rédige, elle aussi, des recommandations¹²⁰⁶. Elle rappelle, dans une première directive de 1990 (réactualisée en 2006) qui régit les pratiques médicales jusqu'en 2018¹²⁰⁷, que « *dans le cadre d'un traitement contre l'infertilité, trois embryons maximum peuvent être transférés à la femme [...] ce qui a pour conséquence que seulement trois embryons peuvent être fécondés* »¹²⁰⁸. La Chambre ajoute qu'il est en principe interdit de conserver des embryons. Une telle conservation ne peut être pratiquée qu'à titre exceptionnel, si l'implantation de l'embryon s'avère réellement impossible au cours du cycle¹²⁰⁹. S'appuyant sur l'importance du droit à la vie et à la dignité, l'ordre des médecins rappelle ainsi l'interdiction de la création d'embryons surnuméraires¹²¹⁰. En 2018, dans une nouvelle directive, la Chambre précise à nouveau que les embryons ne peuvent être cryoconservés que dans les cas exceptionnels où ils n'ont pas pu être transférés¹²¹¹. Même si dans les faits, il arrive que des embryons surnuméraires soient créés et conservés par des banques de cryoconservation privées, l'existence de ces dispositions, tant législatives que médicales, montre que l'ordre juridique entend éviter, en amont, au nom de la protection de la vie, la création de ces embryons surnuméraires.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 2.

¹²⁰⁴ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2).

¹²⁰⁵ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

¹²⁰⁶ Pour sa présentation, cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) : Cette chambre, comparable à l'ordre des médecins en France, encadre et oriente, par le biais de directives non contraignantes la conduite des médecins dans certains domaines spécifiques, tels que celui la médecine reproductive.

¹²⁰⁷ En mai 2018, la chambre a édicté une nouvelle directive, qui semble remplacer celle de 1990 sur les mesures d'assistance médicale à la procréation. Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 2).

¹²⁰⁸ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung des intratubaren Gametentransfers, der In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und anderer verwandter Methoden erhalten folgende Fassung*, Deutsches Ärzteblatt, 1991, Heft 1/2, 10. Januar 1994.

¹²⁰⁹ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*

¹²¹⁰ Pour ce faire, elle se fonde sur une interprétation téléologique, historique et systémique des dispositions de la loi de 1990. Voir le préambule de BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*

¹²¹¹ BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, Deutsches Ärzteblatt, 11 mai 2018.

2. Une consécration *a minima* en France

400. Jusqu'en 2011, le législateur français ne fixe pas de principe de limitation d'embryons surnuméraires, ce qui suscite de vives critiques¹²¹². Malgré tout, on observe, tant dans les lois bioéthiques de 1994 que de 2004, un consensus parlementaire en faveur de la limitation à la création d'embryons surnuméraires. Certains mentionnent ainsi « *le problème angoissant du sort des embryons surnuméraires* »¹²¹³ et considèrent qu'au nom du principe de protection de la vie, ils doivent être protégés : « *Un certain nombre d'entre eux sont, à l'évidence, des êtres qui peuvent devenir des personnes humaines et, de ce fait, même dans leur bac d'azote liquide, jouissent d'une certaine considération. Le Sénat est contre la destruction des embryons surnuméraires ou, du moins, il veut reporter la décision à trois ans [...]* »¹²¹⁴. Il faudrait, dès lors « *faire en sorte que la création d'embryons surnuméraires soit impossible* »¹²¹⁵. Un consensus est visible quant à l'idée selon laquelle « *il convient [...] de limiter ainsi la conception d'embryons qui ont pu être qualifiés de surnuméraires* »¹²¹⁶. « *Nous partageons la volonté, très largement exprimée, de faire le maximum pour que tous les œufs fécondés soient implantés, et donc pour limiter le plus possible les embryons surnuméraires* »¹²¹⁷. Cependant, les lois de 1994 et de 2004 n'interdisent pas la création d'embryons surnuméraires. Seuls des arrêtés¹²¹⁸ précisent que « *lorsque le couple refuse la congélation embryonnaire, le nombre d'ovocytes inséminés doit être limité à trois, le couple en ayant été averti au moment du consentement* »¹²¹⁹. Cette restriction ne s'applique toutefois que dans le cas où le couple refuse la conservation - ce qui n'est, *a priori*, pas le cas plus fréquent. De plus, il ne s'agit que d'un arrêté. Jusqu'en 2011, la portée de la règle de limitation des embryons surnuméraire et avec elle celle de la protection accordée à la

¹²¹² La loi avait d'ailleurs été critiquée sur ce point : VIGNEAU D., « Dessine-moi un embryon », *op. cit.*, n° 149 : « *Le législateur aurait pu s'abstenir de [...] consacrer [la fécondation multiple], et on aurait pu limiter le nombre d'embryons à féconder [...]* » ; Sénat, 13 janvier 1994, Maurice Schumann, p. 114 : cette absence de limitation est un « *recul de civilisation* » ; AN, 8 juillet 2004, Jean Leonetti : « *En raison aussi de l'interdiction de créer des embryons à des fins expérimentales - ce qui serait une déviation de l'intention première - et d'aboutir ainsi à une situation qui transgresserait les grands principes que nous avons édictés. On doit considérer que si transgression il y a, c'est celle, antérieure, d'avoir accepté l'idée de créer des embryons surnuméraires, c'est-à-dire en trop grand nombre [...] Accepter qu'il y ait eu création de vies "en trop" n'est-il pas antinomique de l'idée même que nous nous faisons de l'homme ?* ».

¹²¹³ Sénat, 18 janvier 2004, Claude Huriet, p. 130.

¹²¹⁴ Sénat, 17 mai 1994, Bernard Laurent, p. 1651.

¹²¹⁵ AN, 19 novembre 1994, Christine Boutin, p. 5745.

¹²¹⁶ Sénat, 13 janvier 1994 Jean Chérioux, p. 104.

¹²¹⁷ Sénat, 15 janvier 1995 Jacqueline Fraysse -Cazalis, p. 124 ; Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Louvot, p. 144 : « *Il ne s'agit pas seulement, en effet, de protéger des embryons surnuméraires, dont beaucoup sont appelés mais peu sont élus, et qui, trop nombreux encore, seront condamnés dans l'attente de techniques nouvelles. Au surplus, la congélation, qui arrête l'horloge du temps, désordonne les générations sans pouvoir modifier le destin* ».

¹²¹⁸ Article 1 de l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation.

¹²¹⁹ Arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation, point 2, 2, 2 « aspects biologiques ». Voir pour la suite, l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation ; l'arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation ; l'arrêté du 2 juin 2014 modifiant l'arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation ; l'arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

vie *nue* est d'autant plus faible que la loi de 1994 autorise, par ailleurs, la destruction des embryons surnuméraires¹²²⁰.

401. La loi bioéthique de 2011¹²²¹ ajoute néanmoins une disposition qui précise que « *la mise en œuvre de l'AMP privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés* »¹²²². Par ailleurs, elle prévoit que « *ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre* »¹²²³. La loi française ajoute, par conséquent, une règle se rapprochant de l'article 1 alinéa 1 phrase 5 de la loi allemande relative à la protection de l'embryon, semblant par ce biais affirmer l'idée d'une protection accrue de la vie biologique *in vitro*.

402. Malgré ces dispositions et l'affirmation d'une protection croissante et continue de la vie anténatale *in vitro*, les droits français et allemand ne protègent pas *zoe*. Cela s'observe en particulier lorsqu'on analyse dans le détail les dispositions applicables à l'assistance médicale à la procréation, qui autorisent la destruction des embryons surnuméraires non rattachés à un projet parental.

II. Un régime juridique de protection discontinu de la vie *in vitro* dans en droit positif de l'AMP

403. Dans le cadre de la médecine reproductive, le droit français de la bioéthique ne protège pas la vie *en tant que telle*. Il trie, catégorise, hiérarchise entre les différentes formes de vie au regard des différents intérêts en jeu (A). En Allemagne, où l'assistance médicale à la procréation n'est, sur le plan législatif, réglementée que dans les grandes lignes par la loi de 1990, la protection de l'embryon apparaît également lacunaire (B).

A. Les lacunes de la protection de l'embryon *in vitro* en France

404. En France, il n'a jamais été vraiment question d'empêcher la création d'embryons surnuméraires. Non seulement les embryons *in vitro* surnuméraires ne sont pas protégés contre la disparition du projet parental qui conditionne leur conservation et leur implantation future (1) mais ils ne sont pas davantage protégés lorsqu'ils font l'objet d'un projet parental mais que ce dernier n'est pas certain (2).

¹²²⁰ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

¹²²¹ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

¹²²² Article L2141-1 CSP.

¹²²³ Article L21431-3 CSP.

1. La destruction de l'embryon *in vitro* en l'absence de projet parental

405. Avant 2011, il n'existait aucune disposition législative française qui prétendait limiter la création d'embryons surnuméraires. Cette absence est justifiée par une forme de fatalisme des parlementaires qui considéraient que la création de ces embryons était inévitable¹²²⁴ : « *J'aimerais que, par un miracle du ciel, on n'ait pas à les détruire parce qu'il y a dans cet acte quelque chose qui me révolte. Cela étant, pour le moment, il n'y a pas d'autre solution* »¹²²⁵ car « *en l'état actuel de la science, l'existence des embryons surnuméraires est, pour ainsi dire, consubstantielle à l'assistance médicale à la procréation* »¹²²⁶. Les embryons surnuméraires sont considérés comme un mal nécessaire qu'il faut accepter en attendant les progrès de la science :

*« on peut accepter ces reproches, mais les techniques évoluent et peut-être dans trois ans le taux de réussite des implantations aura-t-il permis sinon de supprimer les embryons surnuméraires congelés, du moins d'en diminuer le nombre »*¹²²⁷ ou que « *le temps nous permettra de dire si l'on pourra éviter cette destruction* »¹²²⁸ car « *nous n'avons pas, en effet, dans l'état actuel des connaissances et des techniques, d'autres réponses à offrir sur ce problème extrêmement délicat* »¹²²⁹.

406. En attendant ce progrès, la conservation de ces embryons est pensée comme le meilleur moyen de protéger la vie de ces embryons. Simone VEIL déclare en ce sens que « *contrairement à ce qui est dit parfois, les embryons sur lesquels ne s'exerce plus aucun projet de naissance sont très peu nombreux, la quasi-totalité des embryons conservés faisant l'objet d'une implantation dans les mois qui suivent leur constitution* »¹²³⁰. Partant, à la différence du législateur allemand, le législateur français n'entend pas limiter, de quelque manière que ce soit, la création de ces embryons, considérée comme inéluctable. En ce sens, certains parlementaires observent qu'« *en Allemagne [...] une législation beaucoup plus rigoureuse protège l'embryon* »¹²³¹.

¹²²⁴ Sénat, 17 janvier 1994, Claude Huriet, p. 331 : « *Le nombre d'embryons conservés étant alors supérieur à celui que l'on connaît aujourd'hui. Le problème demeure ; nous ne pouvons en faire grief à quiconque* » ; Sénat, 17 janvier 1994, Charles Descours, p. 1649 : « *J'aimerais que, par un miracle du ciel, on n'ait pas à les détruire parce qu'il y a dans cet acte quelque chose qui me révolte. Cela étant, pour le moment, il n'y a pas d'autre solution* » ; Sénat, 17 janvier 1994, p.1695 Simone Veil : « *En l'état actuel de la science, l'existence des embryons surnuméraires est, pour ainsi dire, consubstantielle à l'assistance médicale à la procréation* » ; AN, 19 novembre 1994, Yvette Roudy, p. 5725 : « *On ne sait pas faire de PMA sans disposer d'embryons en surnombre* » ; AN, 15 juin 1994, Jean Yves Le Déaut, p. 3041 : « *Nous sommes obligés de fabriquer des embryons surnuméraires* ».

¹²²⁵ Sénat, 17 janvier 1994, Charles Descours, p. 1649.

¹²²⁶ Sénat, 17 janvier 1994, Simone Veil, p. 1695.

¹²²⁷ Sénat, 17 mai 1994, Charles Descours, p. 1593 ; Sénat, 17 mai 1994, Simone Veil, p. 1608 : « *En fonction de l'évolution du contexte scientifique et médical qui - nous l'espérons tous - permettra peut-être de limiter le recours aux embryons surnuméraires ?* ».

¹²²⁸ Sénat, 18 mai 1994, Alain Vasselle, p. 1652.

¹²²⁹ Sénat, 18 mai 1994, Charles Descours, p.1691 ; Sénat, 18 mai 1994, Danielle bidard Reydet, p 1659 : « *Seule l'évolution de nos connaissances permettra de parvenir à ces résultats et, sans doute, d'éviter les embryons surnuméraires* »

¹²³⁰ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 95.

¹²³¹ C'est également ainsi que certains parlementaires français voient la loi relative à la protection de l'embryon, voire notamment, Sénat, 14 janvier 1994, Marie Claude Beaudeau, p. 145.

407. Il est vrai que la loi de 2011 énonce par la suite un principe de limitation des embryons surnuméraires. Cependant, il faut observer que ce principe est très vague. Considérant qu'il faut limiter le nombre d'embryons surnuméraires « à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre »¹²³², la loi laisse un grand pouvoir d'appréciation au médecin. Il peut ainsi estimer que la fécondation de cinq, huit ou douze ovocytes est *strictement* nécessaire à la réussite de l'AMP. De plus, cette disposition n'est édictée qu'en 2011, c'est-à-dire une fois que la congélation ultra rapide des ovocytes (vitrification) est devenue possible¹²³³, soit quand l'efficacité des techniques AMP ne dépendait plus de la création d'embryons surnuméraires. Dans la mesure où il est surtout utile d'affirmer des principes lorsque la technique est susceptible d'entraîner des abus - ici la destruction d'embryons surnuméraires - il est possible de se demander si l'ajout de ce principe de limitation en 2011 ne joue pas qu'un rôle purement symbolique. En ce sens, notons que cette même loi autorise définitivement la recherche sur l'embryon et par conséquent sa destruction à la suite de ces recherches¹²³⁴.

408. La loi française autorise en effet la destruction (depuis 1994) et le don à la science (depuis 2011) des embryons en l'absence de projet parental¹²³⁵. Le Code de santé publique dispose que « les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental »¹²³⁶. Si le couple ne répond pas ou qu'il y a un désaccord entre eux, l'embryon est conservé *a minima* cinq ans puis est détruit. Le Code de santé publique dispose, en ce sens, que

*« dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons »*¹²³⁷.

¹²³² Article L2141-1 CSP.

¹²³³ Article L2141-1 CSP : « La technique de congélation ultra rapide des ovocytes est autorisée » ; Sénat, 7 avril 2011, Bruno Retailleau, p. 2618 : « Mes chers collègues, puisque les progrès de la science permettent maintenant de vitrifier les ovocytes, ajustons au nombre d'embryons implantés le nombre d'embryons créés par l'assistance médicale à la procréation afin d'éviter la production d'embryons surnuméraires ».

¹²³⁴ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹²³⁵ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2) ; article L2141-4, alinéa 2, n° 3 CSP.

¹²³⁶ Article L2141-4 CSP : « Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L2141-5 et L2141-6 ; que leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et les articles L1121-4 et L1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ; qu'il soit mis fin à la conservation de leurs embryons. Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part ».

¹²³⁷ Article L 2141-4 alinéa 3 CSP.

409. Le couple peut également se décider pour un don d'embryons un autre couple ou à un don à la science. Ainsi, en l'absence d'implantation future possible deux des trois possibilités offertes au couple - la destruction et la recherche - mènent à la cessation de la vie ; quant à la troisième possibilité - le don -, ce dernier est soumis à des conditions particulièrement strictes¹²³⁸. Ces différentes possibilités illustrent que ce n'est donc pas la *vie nue*, la seule vie biologique que la loi française protège puisque des embryons surnuméraires peuvent être créés et détruits¹²³⁹. Preuve supplémentaire : même si les parents potentiels n'ont pas déclaré qu'ils n'avaient plus de projet parental, la destruction d'un embryon cryoconservé n'est pas considérée en France comme un préjudice indemnisable.

2. La non-indemnisation jurisprudentielle de la destruction de l'embryon *in vitro*

410. En France, le préjudice résultant de la destruction d'un embryon *in vitro* cryoconservé n'est pas indemnisé. Une décision du tribunal administratif d'Amiens du 9 mars 2004 et une de la Cour d'appel Douai du 6 décembre 2005¹²⁴⁰ en offrent une illustration. En l'espèce, neuf embryons cryoconservés avaient été endommagés à la suite d'une défaillance du système de conservation, ce qui compromettrait fortement leur implantation ultérieure. Le couple a alors saisi le juge administratif pour engager la responsabilité de l'organisme public en charge de cette conservation.

411. Dans un premier temps, les hésitations du juge de première instance ont entretenu la confusion sur le statut de l'embryon *in vitro*.

412. En l'espèce, la difficulté réside dans l'appréhension du préjudice¹²⁴¹. En effet, ni le lien de causalité entre le problème technique et l'endommagement de l'embryon, ni la caractérisation d'un fait imputable à la puissance publique ne soulèvent ici de difficultés. En outre, ce contentieux s'inscrit dans le cadre d'une responsabilité sans faute¹²⁴² ; le juge n'a donc pas à rechercher si une faute a été commise. Il doit déterminer si la destruction de l'embryon *in vitro* constitue pour le couple un préjudice matériel, moral ou autonome¹²⁴³. Son analyse - qui le conduit à n'admettre que

¹²³⁸ Article L 2141-6 CSP.

¹²³⁹ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 2) : c'est la *volonté* des parents - le projet parental en tant qu'élément central de *bios* - que le droit protège.

¹²⁴⁰ TA Amiens, 9 mars 2004, Dalloz, 2004, p. 1051. Voir, LE GOFF R., « Responsabilité d'un hôpital du fait de la destruction d'embryons », *AJDA*, 2006, p. 442.

¹²⁴¹ Sur les différents types de préjudices, voir notamment SENERS F., « Préjudice réparable », *JCP*, octobre 2011 (actualisation : juin 2015).

¹²⁴² Depuis, CE, Arrêt Marzouk, 9 juillet 2003, n° 220437 : « Le service public hospitalier [étant] responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise ». Sur cet arrêt, notamment, DEGUERGUE M., « La responsabilité du fait des produits et appareils de santé défectueux à l'hôpital », *AJDA*, 2003, p. 1946.

¹²⁴³ Voir notamment, sur la notion de préjudice, DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 426.

l'indemnisation du préjudice au titre des troubles divers dans les conditions d'existence - apparaît particulièrement révélatrice des ambivalences du droit français face à la protection de l'embryon *in vitro*.

413. Le juge administratif refuse tout d'abord de caractériser le préjudice moral car les embryons endommagés ne sont pas des personnes¹²⁴⁴. Si un tel constat apparaît peu contestable, le juge aurait toutefois pu se fonder sur une atteinte au *projet parental* pour caractériser ici ce type de préjudice. Son refus est probablement symptomatique de la réserve du juge administratif en matière de préjudice moral¹²⁴⁵ ; on peut néanmoins se demander s'il ne s'explique pas aussi par une certaine gêne du juge à devoir évaluer « *le processus vivant* »¹²⁴⁶.

414. Le juge administratif exclut ensuite le préjudice autonome résultant de la perte de chance¹²⁴⁷. Le juge de première instance estime en effet qu'au regard de l'âge des parents, ces derniers peuvent, s'ils le souhaitent, bénéficier d'une nouvelle procédure d'AMP et ne sont, par conséquent, pas définitivement privés de la chance d'être parent¹²⁴⁸. Le juge n'a pourtant jamais refusé d'indemniser le préjudice résultant de la perte de chance d'un candidat de passer un concours car il était encore suffisamment jeune pour retenter sa chance¹²⁴⁹. Par ailleurs, l'accès à une AMP n'étant pas un droit¹²⁵⁰, rien ne certifie que le couple pourra bénéficier d'une nouvelle tentative. Faut-il alors en conclure que d'autres facteurs ont influencé le raisonnement du juge ? A-t-il pris ici en compte la faible chance de réussite de l'AMP ou l'absence de certitude du projet parental, mis en lumière par l'absence de réponse du couple à la sollicitation du centre au sujet de la prolongation de la conservation ? Si tel est le cas, le juge n'en dit mot.

415. Le juge administratif rejette également la caractérisation du préjudice matériel¹²⁵¹. Le juge de première instance¹²⁵² considère que l'article 16 du Code civil qui consacre le « *principe de non-patrimonialité du corps humain* » empêche d'évaluer financièrement la perte d'embryons¹²⁵³. Ce refus étonne néanmoins pour deux raisons¹²⁵⁴. En premier lieu, ce principe fait l'objet de nombreuses exceptions concernant les éléments et produits du corps humain. Il existe, par exemple, une

¹²⁴⁴ TA Amiens, 9 mars 2004, n° 021451.

¹²⁴⁵ HENNETTE-VAUCHEZ S., « De la chance d'être parents », *AJDA*, 2004, p. 1546.

¹²⁴⁶ LABBE X., « La valeur de l'embryon congelé », *Dalloz*, 2004, p. 1051.

¹²⁴⁷ SENERS F., « Préjudice réparable », *op. cit.* : « *La jurisprudence admet depuis longtemps de réparer un tel préjudice, lorsqu'il est imputable à la puissance publique, et de regarder la perte de chance comme un préjudice autonome* ».

¹²⁴⁸ TA Amiens, 9 mars 2004, n° 021451.

¹²⁴⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « De la chance d'être parents », *op. cit.*, p. 1546.

¹²⁵⁰ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

¹²⁵¹ La CA ne se prononce pas sur ce point, confirmant implicitement le raisonnement du TA.

¹²⁵² TA Amiens, 9 mars 2004, n° 021451.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ LABBE X., « La valeur de l'embryon congelé », *op. cit.*, p. 1051. Voir aussi, GAUMONT-PRAT H., GALLOUX J.C., « Droits et libertés corporels », *Dalloz*, 2005, p. 536, §8.

tarification du sang ou du lait maternel. Par ailleurs, le principe de non-patrimonialité n'empêche pas le juge d'évaluer la valeur pécuniaire de la vie humaine. En second lieu, ce principe de non-patrimonialité n'a pas été pensé comme interdisant au juge d'allouer réparation au titre d'un préjudice matériel ou corporel¹²⁵⁵ même s'il interdit aux individus de tirer profit des usages qu'ils pourraient faire de leur corps, de ses éléments et de ses produits. Au regard de ces éléments, il semble alors possible d'avancer l'hypothèse selon laquelle ce refus pourrait davantage s'expliquer par la crainte du juge d'une qualification de l'embryon *in vitro* de chose que par une interprétation stricte de l'article 16 du Code civil¹²⁵⁶.

416. À l'appui de cette interprétation, il faut observer que le juge de première instance alloue au couple une somme de 10 000 euros au titre des troubles divers dans les conditions d'existence. Ainsi, il refuse certes de prendre le risque d'une inscription de l'embryon *in vitro* dans la catégorie juridique des choses - en reconnaissant le préjudice moral ou matériel du couple - mais indemnise, malgré tout, les parents afin que l'embryon *in vitro* ne soit pas non plus assimilé au néant ou à un élément d'une valeur encore moindre que celle d'une chose. Dès lors, la décision du tribunal administratif nous semble à l'image de la législation française : refusant de protéger *en tant que telle* la vie nue tout en essayant pourtant de prétendre qu'elle la protège¹²⁵⁷.

417. La décision de la Cour d'appel va toutefois montrer clairement que la vie biologique, c'est-à-dire ici la vie qui ne fait pas l'objet d'un projet parental, n'est pas considéré comme une valeur protégée par le droit.

418. La Cour d'appel ne se prononce pas sur l'indemnisation du préjudice matériel et moral, confirmant indirectement le raisonnement suivi par le tribunal administratif¹²⁵⁸. Par ailleurs, elle refuse elle aussi l'indemnisation au titre de la perte de chance :

« Considérant qu'en l'espèce, le centre hospitalier fait valoir que M. et Mme X n'avaient plus de projet parental [...] M. et Mme X se bornent à faire état, d'une manière générale, de la perte de chance d'être parent et ne produisent aucun élément de nature à démontrer qu'ils entendent poursuivre un projet parental, alors qu'ils n'ont indiqué, à aucun moment, ni devant les premiers juges, ni devant la Cour, souhaiter avoir d'autres enfants, et précisent même dans leurs écritures que la naissance de leurs filles a satisfait à leur demande de parentalité ; considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. et Mme X, auxquels incombe la charge de prouver l'existence du préjudice dont ils demandent réparation, ne sont pas fondés, en tout état de cause, à soutenir, en l'absence de tout projet parental, que l'incident ayant conduit à la perte des neuf embryons in vitro est à l'origine pour eux tant d'une perte de chance d'être parent que d'un préjudice lié à la difficulté de mener une nouvelle procréation médicalement assistée ».

¹²⁵⁵ HENNETTE-VAUCHEZ S., « De la chance d'être parent », *op. cit.*, p. 1546.

¹²⁵⁶ Ce que plusieurs auteurs approuvent. Voir notamment, HAUSER J., « L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher », *RTD civ.*, 2004, p. 482. Voir aussi, LABBÉE X., « La valeur de l'embryon congelé », *op. cit.*, p. 1051.

¹²⁵⁷ Pour une critique, HAUSER J., « L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher », *op. cit.*, p. 482. Voir aussi, LABBÉE X., « La valeur de l'embryon congelé », *op. cit.*, p. 1051.

¹²⁵⁸ CA Douai, 6 décembre 2005, *AJDA* 2006, p. 442. Voir notamment, HAUSER J., « La valeur de l'embryon congelé (suite) », *RTD civ.*, 2006, p. 87.

419. La Cour d'appel refuse ainsi l'idée de projet parental *hypothétique* et indique que l'embryon n'est protégé que s'il fait l'objet d'un projet parental *présent et certain*.

420. En ce qui concerne, en outre, les troubles dans les conditions d'existence, le juge d'appel ne semble pas ressentir le même embarras que le tribunal administratif puisqu'il annule l'indemnisation :

« Considérant que la création médicalement assistée d'embryons in vitro ne peut être réalisée, ainsi que le prévoient les dispositions de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, que dans le cadre du projet parental du couple bénéficiaire ; que, dès lors, la perte d'embryons dont les requérants ne peuvent sérieusement soutenir que ceux-ci constituent des êtres humains, ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée, auxquels est attachée une valeur patrimoniale n'est source de préjudice indemnisable que pour autant que ce couple poursuit un projet de procréation auquel cette perte porte une atteinte »¹²⁵⁹.

421. Cette décision montre que l'embryon *in vitro* n'est pas *en tant que tel* considéré comme doté d'une valeur suffisante pour que sa destruction soit indemnisée . Le juge n'admet même pas la qualification de « produits humains » ou de « chose sacrée ». Son arrêt confirme l'hypothèse selon laquelle l'encadrement relatif à l'AMP ne vise pas à concrétiser une protection effective de *zoe* puisque la seule existence d'un projet parental *potentiel* ou *hypothétique* ne suffit pas ici à protéger l'embryon *in vitro*.

B. Les lacunes de la protection de l'embryon *in vitro* en Allemagne

422. En Allemagne, le caractère continu de la vie est présenté comme un fait scientifique *avéré* ; une *vérité* dont le respect s'imposerait à l'ordre juridique. Pourtant, la définition législative de l'embryon exclut certaines formes de vie de la protection accordée par la loi de 1990¹²⁶⁰. Trois limites méritent en particulier d'être mises en lumière.

423. Tout d'abord, comme l'observent certains auteurs, plusieurs années après l'édiction de cette loi, les cellules souches pluripotentes induites (CSPi)¹²⁶¹ - dont le potentiel scientifique a été découvert à la fin des années 2000¹²⁶² - se trouvent finalement exclues de la protection du §8 puisque ce dernier protège seulement les cellules totipotentes. Les cellules souches pluripotentes sont des cellules souches pluripotentes créées en laboratoire à partir des cellules somatiques d'un organisme humain. Ces cellules peuvent se multiplier à l'infini et se différencier en différents types

¹²⁵⁹ CA Douai, 6 décembre 2005, *AJDA* 2006, p. 442.

¹²⁶⁰ KOENIG C., MÜLLER E.M., « Die Legaldefinition des Embryos gemäß §8 Abs. 1 ESchG - Grenzfälle regenerativer Zellforschung am Maßstab des deutschen Embryonenschutzgesetzes sowie der Vorgaben des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin », *PharmR.*, 2005, p. 19.

¹²⁶¹ SCHICKL H., BRAUN M., RIED J., DABROCK P., « Abweg Totipotenz - Rechtsethische und rechtspolitische Herausforderungen im Umgang mit induzierten pluripotenten Stammzellen », *MedR*, 2014, p. 857.

¹²⁶² ANTONY-DEBRÉ I., HAMIDI S., NOROL F., VAINCHENKER W., RASLOVA H., « Cellules souches pluripotentes induites : de l'historique à l'application », *Hématologie*, Vol. 19, n° 1, janvier-février 2013.

de cellules qui composent un organisme adulte¹²⁶³. Si elles ne sauraient se transformer en être humain, elles constituent cependant une alternative à l'utilisation des cellules souches embryonnaires humaines¹²⁶⁴, d'un grand intérêt pour la thérapie et la recherche biomédicale.

424. En outre, le législateur exclut les cellules incapables à se développer de la protection de la loi. L'alinéa 2 de §8 alinéa 2 dispose en effet que « *dans les 24 premières heures qui suivent la fusion nucléaire, l'ovocyte humain fécondé est considéré comme "apte à se développer", sauf s'il apparaît déjà évident au cours de cette période que l'ovocyte ne franchira pas l'étape suivante de développement* ». La loi fixe donc des seuils¹²⁶⁵. Le droit allemand s'appuie certes sur des notions scientifiques - cellule totipotente, cellule germinative, fusion nucléaire, etc. - pour justifier la *hiérarchisation* à laquelle il procède mais il procède malgré tout à une catégorisation entre différentes formes de vie. Par l'utilisation d'un tel vocabulaire, celui de la science, le législateur invisibilise le *choix* auquel il procède, prétendant ainsi plus aisément protéger la vie nue.

425. Par ailleurs, le droit allemand n'interdit pas la création et la conservation des cellules embryonnaires au stade pronucléaire¹²⁶⁶. Il s'agit d'ovocytes imprégnés¹²⁶⁷, c'est-à-dire d'ovocytes qui sont déjà entrés en contact avec le spermatozoïde mais qui n'ont pas encore été pleinement fécondés. Le stade pronucléaire est la toute première étape de la fécondation, elle apparaît à peine quelques heures après que le spermatozoïde ait pénétré l'ovocyte, lorsque les deux gamètes s'unissent pour former un pronucléus. Au stade pronucléaire, la cellule fécondée comprend déjà le matériel génétique des deux géniteurs mais la fusion nucléaire n'a pas encore été réalisée. Or, la loi allemande exclut la cellule pronucléaire de son champ d'application puisque l'embryon n'est protégé qu'à partir de la fusion nucléaire¹²⁶⁸. Le droit allemand distingue ainsi clairement entre l'ovocyte imprégné (c'est-à-dire l'ovocyte au stade pronucléaire/pré-embryonnaire - non protégé par la loi) et l'embryon (qui lui est protégé). Dès lors, ces ovocytes fécondés au stade pronucléaire - ces ovocytes imprégnés - peuvent être cultivés dans le but d'être implantés et éventuellement conservés. Non assimilé à des embryons au sens de la loi de 1990, l'ovocyte imprégné - qui précède « *l'apparition de la vie humaine* »¹²⁶⁹ - peut dès lors être réifié et conservé¹²⁷⁰. Une fois de plus, la loi

¹²⁶³ MÜLLER-TERPITZ R., SPICKHOFF A., *ESchG*, §8 Begriffsbestimmung, *Medizinrecht*, 2^{ème} édition, 2014, Rn. 1-3 ; LUNGSTRAS A.B., « Die Präimplantationsdiagnostik verbieten oder erlauben? - Ein Blick auf die Debatte um den Embryo in vitro », *JR*, 2010, p. 485. DEUTSCH E., « Embryonenschutz in Deutschland », *NJW*, 1991, p. 721.

¹²⁶⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹²⁶⁵ NEIDERT R., « Das überschätzte Embryonenschutzgesetz - was es verbietet und nicht verbietet », *ZRP*, 2002, p. 467.

¹²⁶⁶ TAUPITZ J., HERMES A., « Eizellspende verboten - Embryonenspende erlaubt ? », *NJW*, 2015, p. 1802.

¹²⁶⁷ BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*

¹²⁶⁸ KELLER R., GÜNTHER H.L., KAISER P. (dir.), *Embryonenschutzgesetz*, 1992, §1 I, n° 5, Rn 4 ; DERS in KORFF/BECK/MIKART (dir.), *Lexikon der Bioethik*, Band 2, 1998, p. 497, 500 ; MIN SU C., *Der Umgang mit überzähligen Embryonen in Deutschland und Südkorea*, *op. cit.*, p. 157.

¹²⁶⁹ QUAAS M., ZUCK R., *Medizinrecht*, §68 Einzelfelder der Biomedizin, 3^{ème} édition, 2014, Rn.61-73.

relative à la protection de l'embryon fixe donc un seuil. La fixation de ce seuil règle en partie le problème des embryons surnuméraires : la cryoconservation est réalisée au stade pronucléaire (et, donc, non embryonnaire), ce qui permet de dire qu'il n'existe presque pas d'embryons surnuméraires en Allemagne. On crée et on congèle des ovocytes imprégnés surnuméraires mais non des embryons. Ce seuil explique l'écart quantitatif qui existe entre le nombre d'embryons surnuméraires en France (environ 170 000) et en Allemagne (une centaine - contre plus de 70 000 ovocytes imprégnés)¹²⁷¹.

426. Au-delà des limites intrinsèques à la définition fixée par le §8, deux autres limites peuvent être identifiées¹²⁷² en ce qui concerne la protection censée être apportée à l'embryon *in vitro*.

427. En premier lieu, la règle de trois ne fait pas toujours l'objet d'une interprétation unanime. En effet, si le §1 alinéa 1 phrase 3 de l'alinéa 1 précise que seuls trois embryons peuvent être implantés, la phrase 5 énonce « *que ne peuvent pas être fécondés plus d'embryons qu'il ne peut en être implanté* ». Certains auteurs estiment alors que, dans la mesure où les médecins n'implantent jamais d'embryons inaptes à se développer, il est en théorie possible de féconder plus de trois ovocytes. Certains auteurs considèrent que les phrases 3 et 5 de l'alinéa 1 n'ont pas nécessairement à être interprétées conjointement. En fonction des cas de figure, les médecins doivent pouvoir disposer de la marge de manœuvre nécessaire à la création d'au moins un embryon apte à se féconder, même si cela implique de féconder plus de trois ovocytes¹²⁷³. Face à ces divergences d'interprétation, il est difficile de savoir si les médecins suivent principalement l'interprétation restrictive (en faveur de la règle de trois)¹²⁷⁴ ou libérale (en faveur d'une fécondation de plus de trois ovocytes)¹²⁷⁵ du texte. Partant, il semble difficile de savoir s'ils créent des embryons

¹²⁷⁰ Conseil de l'Europe, *La protection de l'embryon humain in vitro*, 2003, p. 18. Pour le droit allemand, puisqu'il s'agit d'éléments constitués avant « *la fusion complète des deux pronucléi et l'achèvement du processus de fécondation, ils ne peuvent être considérés comme des embryons selon la définition prévue par la loi* » - TAUPITZ J., HERMES A., « Eizellspende verboten à Embryonenspende erlaubt ? », *op. cit.*, p. 1802.

¹²⁷¹ Selon les registres allemands de l'AMP (IVF Register), en 2000, 55 468 et, en 2001, 73 539 ovocytes au stade pronucléaire ont été cryoconservés (DIR Jahrbuch 2000, p. 26 ; DIR Jahrbuch 2001, p. 26). Depuis 2002, de telles données ne sont toutefois plus disponibles.

¹²⁷² Pour une position critique, voir également, HEUN W., « Embryonenforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos », *op. cit.*, p. 517 ; NEIDERT R., « Das überschätzte Embryonenschutzgesetz - was es verbietet und nicht verbietet », *op. cit.*, p. 467.

¹²⁷³ FROMMEL M., « Deutscher Mittelweg in der Anwendung des Embryonenschutzgesetzes (EschG) mit einer an den aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand orientierten Auslegung der für die Reproduktionsmedizin zentralen Vorschrift des §1, Abs.1, n° 5 ESchG unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des EschG, Reproduktionsmedizin », *op. cit.*

¹²⁷⁴ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation : France, Allemagne et Grande-Bretagne*, Thèse EHESS, 2014, p. 182.

¹²⁷⁵ PIETZNER K. « Probleme der Reproduktionsmedizin in Deutschland aus medizinischer und psycho-sozialer Sicht », in ROSENAU H., *Ein Zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland*, Nomos, 2013, p. 16 et p.19. Les registres sur la FIV (DIV-Register) indiquent certes combien d'embryons sont transférés mais non combien d'ovocytes sont dans un premier temps fécondés.

surnuméraires ou non ; d'autant plus que la pratique médicale, bien qu'encadrée par des normes pénales, est peu contrôlée sur le plan administratif¹²⁷⁶. Il n'existe aucun organisme similaire à l'Agence de la biomédecine encadrant l'activité de médecine reproductive¹²⁷⁷, de telle sorte qu'il est possible de douter de l'existence de sanctions effectives en cas de non-respect des dispositions législatives par les médecins.

428. En deuxième lieu, il est impossible d'exclure la création d'embryons surnuméraires, qu'ils soient involontairement créés dans le cadre du processus de fécondation ou que l'implantation ne puisse finalement être réalisée¹²⁷⁸. Cependant, la loi n'encadre pas les procédures de conservation. Seules les directives médicales autorisent la conservation à titre exceptionnel¹²⁷⁹, sans réglementation plus précise¹²⁸⁰. Il convient alors de se demander ce que deviennent ces embryons s'ils ne sont, ni implantés, ni conservés¹²⁸¹. Il est très probable qu'ils soient détruits¹²⁸². Lors des débats parlementaires français, certains parlementaires ont d'ailleurs déclaré que « *la loi allemande représente une voie théorique : elle interdit de produire des embryons surnuméraires, mais je doute qu'elle soit réellement appliquée* »¹²⁸³.

429. La vie *nue* n'est ainsi pas protégée de manière absolue puisque, comme le soulignent certains auteurs allemands, le législateur n'impose pas le transfert des embryons *in vitro*. En effet, si le droit entendait accorder une protection *absolue* à la vie, il imposerait que tous les embryons fécondés soient transférés dans l'utérus de la femme afin que soit assurée leur survie¹²⁸⁴. En outre, la loi ne restreindrait pas à trois mais à un le nombre d'embryons qui peut être créé *in vitro* afin de s'assurer que *tous* les embryons aient une chance de se développer et donc de survivre. De telles contraintes - par ailleurs problématiques car potentiellement attentatoires à l'intégrité physique de la femme¹²⁸⁵ -

¹²⁷⁶ DIV (deutsches IVF Register) - le registre annule allemand sur les FIV n'indique pas cette information.

¹²⁷⁷ Cf. *infra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹²⁷⁸ Cependant, 100 à 150 embryons seraient définitivement orphelins en raison d'une maladie ou du décès de la mère - Frankfurter Allgemeine Zeitung, 14 mai 2001 ; DIR, Jahrbuch 2001, p. 26.

¹²⁷⁹ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*, p. 1397 et p. 1402 ; BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁸⁰ La directive de 2006 précise que « *les contrats sur la cryoconservation des ovocytes imprégnés peuvent être limités dans le temps et un délai de conservation minimum peut être déterminé. Ce délai peut être prolongé à la demande du couple, contre paiement. Si l'un des membres du couple décède ou retire son consentement à la cryoconservation ou la culture, après un divorce ou une séparation durable, il est mis fin au contrat et la cryoconservation est arrêtée* ». La directive de 2018 précise la procédure scientifique de cryoconservation mais ne dit rien des conditions de mises en œuvre liées au couple ou à la durée de conservation.

¹²⁸¹ Ou que le couple n'a pas les moyens de financer une cryoconservation par un établissement privé.

¹²⁸² La loi ne l'interdit d'ailleurs pas expressément et la chambre fédérale précise en 2006 qu'en cas de décès d'un membre du couple ou retrait de son consentement, il est mis fin à la cryoconservation des ovocytes imprégnés. Voir en ce sens, FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁸³ AN, 20 novembre 1994, Jacques Toubon, p. 5792.

¹²⁸⁴ GÜNTHER H.L., TAUPITZ J., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz - Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen*, *op. cit.*, p. 91.

¹²⁸⁵ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

ne sont toutefois pas imposées par la loi, de sorte qu'il n'est pas possible de parler d'une protection *absolue* de l'embryon *in vitro*.

430. À l'aune de ses développements, il apparaît que ce n'est pas la vie biologique mais seulement certaines formes de vie qui sont protégées par le droit. Ces interrogations conduisent alors à relativiser « *cet excès de confiance [résidant] dans l'énoncé de grands principes ressemblant à une déclaration des droits de l'homme biologique* »¹²⁸⁶ que sont les lois bioéthiques. Si en 1994, un principe de protection est en effet réaffirmé, il apparaît malgré tout que l'embryon *in vitro*, à l'instar de l'embryon *in utero* n'est pas protégé, contre la destruction fortuite ou volontaire. Même si l'ordre juridique allemand déploie des efforts plus importants pour protéger l'embryon que le droit français, ce dernier ne fait pas l'objet d'une protection absolue. Malgré l'existence d'un discours axiologique fort sur la vie - fondé en grande partie sur une conception ontologique de celle-ci - le droit allemand accepte, lui aussi, la fixation de certains seuils en matière de médecine reproductive, ainsi que dans le domaine de la recherche scientifique sur l'embryon.

Sous-section 2. La variabilité de la protection juridique de la vie dans le cadre de la recherche médicale

431. Si, dans un premier temps les droits français et allemand affirment protéger l'embryon *in vitro* contre toute forme de réification dans le cadre de la recherche médicale (I), il devient progressivement un élément difficilement contournable de la recherche scientifique et les deux ordres juridiques amoindrissent sa protection¹²⁸⁷ (II).

I. La protection juridique de la vie *in vitro* dans les années 1990

432. Dans les années 1990, lorsque se pose la question de l'autorisation de l'expérimentation sur les embryons, les ordres juridiques français et allemand réaffirment l'existence d'un principe de protection de l'embryon *in vitro*. En ce sens, un principe d'interdiction de créations d'embryons à des fins expérimentales et de recherche sur les embryons surnuméraires est consacré (A). Il importe toutefois de préciser que c'est ici surtout au nom du principe juridique de la dignité que les embryons reçoivent une forme de protection juridique qui est protégée et non du fait qu'ils seraient une manifestation de *zoe* (B).

¹²⁸⁶ BELLIVIER F., ÉGEA P., « L'être humain sans qualité », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Paris, LGDJ, 2006, p. 126.

¹²⁸⁷ Voir aussi, TISSIER D., *La protection du corps humain*, Paris, Harmattan, 2013, p. 491.

A. La protection des embryons surnuméraires dans le domaine de la recherche médicale

433. Que cela soit en France ou en Allemagne, le droit positif interdit dans les années 1990 la création d'embryons à des fins autres que la réalisation d'une grossesse (1), de même que la recherche sur ces embryons (2).

1. L'interdiction de créer des embryons à des fins scientifiques

434. Le risque d'atteintes à la vie *in vitro* est encore plus important dans le domaine de la recherche scientifique que dans le domaine procréatif. C'est la raison pour laquelle les pouvoirs publics français et allemands cantonnent l'utilisation des embryons à un cadre strictement procréatif¹²⁸⁸. Ainsi, si la France admet la création d'embryons surnuméraires, c'est uniquement dans le but de *produire* de la vie, d'aider à la réalisation d'une grossesse. L'article 2151-2 du Code de santé publique énonce d'ailleurs clairement que « *la conception in vitro d'embryons ou la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche est interdite* ». Le législateur se refuse ainsi « *à les assimiler à des animaux de laboratoire* »¹²⁸⁹.

435. La loi allemande relative à la protection de l'embryon dispose, quant à elle, qu'il est interdit pour un médecin de féconder un ovocyte pour une autre finalité que la réalisation future d'une grossesse¹²⁹⁰ ou de le prélever à des fins autres que la poursuite d'une grossesse¹²⁹¹. De plus, l'article 2 de ladite loi précise qu'il est interdit de vendre, de céder, d'acquérir ou d'utiliser un embryon à des fins autres que la poursuite de son développement, et de créer un embryon à des fins autres que la réalisation future d'une grossesse¹²⁹².

436. La lecture des débats parlementaires français et allemands indique que cette disposition cherche à protéger la vie anténatale contre sa réification ou son instrumentalisation. Les parlementaires affirment ainsi

¹²⁸⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Words count : How interest in Stem cells has made the Embryo available - a look at the French law of bioethics », *op. cit.*, p. 57.

¹²⁸⁹ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op.cit.*, p. 188.

¹²⁹⁰ §1 alinéa 1 phrase 2 EschG.

¹²⁹¹ §1 alinéa 1 phrase 6 EschG.

¹²⁹² §2 alinéa 1 EschG ; §2 EschG.

« interdire toutes dérives liées à l'expérimentation ou à l'utilisation du fœtus »¹²⁹³ car il « serait inacceptable de considérer l'embryon humain comme un matériau de recherche, bref comme un simple objet »¹²⁹⁴ ; « l'embryon étant un être humain distinct du couple dont il procède. Il n'existe pas de droit sur l'embryon [...] [car] ce n'est pas une chose susceptible d'appropriation [...] [il ne peut y avoir] de remise en cause du respect absolu dû à la vie humaine »¹²⁹⁵.

Certains sénateurs affirment ainsi que *« l'embryon, c'est le petit de l'homme. Quand l'embryon est créé, il a déjà la potentialité de l'individu dont il est porteur, cet individu qui deviendra un jour un homme accompli avec tout son destin physiologique inscrit dans son ADN. Nous devons respecter l'embryon comme un sujet de droit »*¹²⁹⁶.

2. L'interdiction de la recherche sur les embryons surnuméraires

437. La protection de la vie *in vitro* contre toute forme de réification implique dans les deux pays l'interdiction de la recherche sur l'embryon, avec, cependant, des divergences. En France, l'argument de la liberté scientifique est plus présent (a) qu'en Allemagne où il semble évident que l'article 1 de la LF ne saurait souffrir aucune exception au nom du progrès scientifique (b).

a. L'interdiction en France

438. En France, la loi de 1994 dispose que *« toute expérimentation sur l'embryon est interdite »*¹²⁹⁷. À première vue, le dispositif législatif est donc restrictif. Même si lors des débats, la rhétorique utilisée est, on le verra, moins expressément axiologique qu'en Allemagne, le texte de 1994 montre que *« le législateur [...] [entendait] « marquer son souci du respect de la vie humaine »*¹²⁹⁸.

439. Cela étant, la loi de 1994 pose une exception et autorise, sous de strictes conditions, l'étude de l'embryon :

*« À titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit. Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon. Elles ne peuvent être entreprises qu'après avis conforme de la commission mentionnée à l'article L. 184-3 ci-dessous dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. La commission rend publique chaque année la liste des établissements où s'effectuent ces études, ainsi que leur objet »*¹²⁹⁹.

¹²⁹³ Sénat, 14 janvier 1994, François Lesein, p. 142 ; voir aussi, Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Louvot p. 144 ; Sénat, 13 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 103.

¹²⁹⁴ Sénat, 14 janvier 1994, Douste Blazy, p. 158.

¹²⁹⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Douste Blazy, p. 100.

¹²⁹⁶ Sénat, 19 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 358. Dans le même sens, Sénat, 23 juin 1994, Jean Chérioux, p. 2861 ; Sénat, 23 juin 1994, Franck Sérusclat, p. 2865 ; AN, 19 novembre 1992, Christine Boutin, p. 5737.

¹²⁹⁷ Article L152-8 CSP (version 1994).

¹²⁹⁸ Propos du docteur Axel Kahn cités par CHARLES B., CLAYES A., *Rapport d'information de l'Assemblée nationale, par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des « lois bioéthiques » de juillet 1994*, Tome I n° 3208, p.114.

¹²⁹⁹ Article L152-9 CSP (version de 1994). Aujourd'hui : article L2141-8 CSP. Voir aussi, CCNE, Avis n° 8, *Recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986.

440. L'utilisation du terme *étude* et non *expérimentation* entend ici souligner le caractère non attentatoire de ces mesures pour l'embryon¹³⁰⁰. Cependant, l'autorisation de ces études montre que dès 1994, l'embryon peut être réifié au nom du progrès scientifique. L'idée semble même déjà bien ancrée en France. En effet, dans la mesure où la loi de 1994 n'interdit, ni la création d'embryons surnuméraires, ni leur destruction lorsqu'ils ne font plus l'objet d'un projet parental¹³⁰¹, certains parlementaires soutiennent qu'il serait plus utile de recourir à ces embryons à des fins scientifiques que de les détruire¹³⁰². En 1994, l'argument utilitariste en faveur de la recherche scientifique est donc déjà présent¹³⁰³. Étant donné que le droit français ne protège pas la *vie* de l'embryon *en tant que telle*, l'argument de la protection de la dignité de l'être humain contre la réification a une portée moins forte en France qu'en Allemagne, ce qui explique qu'il sera, par la suite, moins difficile de libéraliser le champ de la recherche biomédicale en France qu'outre-Rhin.

a. L'interdiction en Allemagne

441. En 1990, la question de la recherche sur les embryons surnuméraires ne se pose en principe pas, en Allemagne, puisque leur création est interdite¹³⁰⁴. Si de tels embryons devaient être créés, l'article 2 de la loi de 1990 précise cependant « *qu'il est interdit d'utiliser un embryon à des fins autres que la poursuite d'une grossesse* ». Les parlementaires insistent, en effet, lors des débats des années 1980, sur l'importance d'avoir une « *loi rigide quant à la protection de l'embryon* »¹³⁰⁵. Une telle recherche est considérée par une grande partie de la doctrine comme inconstitutionnelle car contraire à l'article 1 de la LF relatif à la dignité¹³⁰⁶. Dans la mesure où l'article 1 de la Loi fondamentale s'applique à *toutes les formes de vie*, il s'applique également à l'être conçu *in vitro* et le protège contre toute forme

¹³⁰⁰ Cependant, pour certains, la distinction entre « étude » et recherche n'est pas claire, pour Axel Kahn, il n'existe « *pas de différence sémantique* ». Voir sur ce point, CHARLES B., CLAYES A., *Rapport d'information de l'Assemblée nationale, par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des « lois bioéthiques » de juillet 1994*, *op. cit.*, p. 115.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 113.

¹³⁰² Par exemple, AN, 19 novembre 1992, Christine Boutin, p. 5740 : « *Comment pouvez-vous exiger une protection de l'embryon in vitro alors que l'avortement existe ? Comment pouvez-vous soutenir que l'embryon in vitro ne doit pas être donné à la science alors qu'une femme, pour autant que les conditions de la loi soient réunies, peut librement décider d'avortement ? Bref, on lie avortement et destin de l'embryon* ».

¹³⁰³ BIOULAC B., *Rapport pour l'Assemblée nationale n° 2871*, 30 juin 1992, p. 103. Voir aussi, sur cette question, NEIRINCK C., « La bioéthique : moral ou utilitarisme ? L'exemple des procréations médicalement assistées », in LE TOURNEAU P., MOLINIER J., COUZINET J.F., *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Series « Les Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques » Toulouse, p. 190. Voir aussi, CE, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 19 : « *Le débat sur l'embryon tend de plus en plus à se poser en termes de recherche d'un juste équilibre entre deux principes éthiques essentiels : le respect de la vie dès son commencement et le droit de ceux qui souffrent à voir la collectivité entreprendre les recherches les plus efficaces possible, pour lutter contre leurs maux* ».

¹³⁰⁴ §1 et §2 EschG - loi de protection de l'embryon, 13 décembre 1990.

¹³⁰⁵ BT, 113^{ème} séance, 1^{er} décembre 1988, Dr Voigt, p. 8208.

¹³⁰⁶ En ce sens SACKSOFSKY U., « Der Verfassungsrechtliche Status des embryos in vitro », *op. cit.* ; SCHÜTZE H., « Klonieren beim Menschen, Zusammenfassung der juristischen Untersuchung », *op. cit.*, p. 305/306 ; HALLIDAY S., « A comparative approach to the regulation of human embryonic stem cell research in Europe », *Medical Law Review*, 12, Spring, p. 58.

d'instrumentalisation et de réification. En effet, le principe de dignité interdit à l'État d'appréhender la vie humaine comme un *moyen* et non comme une *fin en soi*¹³⁰⁷. Lors des débats sur la loi de 1990, les parlementaires insistent sur cette conception kantienne de la dignité qui irrigue fortement le droit constitutionnel allemand¹³⁰⁸. Les références aux articles 1 et de 2 de la LF et au socle de valeurs de la Loi fondamentale sont omniprésentes¹³⁰⁹.

442. Dans la mesure où cet article ne connaît aucune exception possible, la liberté de la recherche ne pourrait justifier une atteinte à la dignité¹³¹⁰. Par conséquent, le droit allemand interdit toute forme de recherche sur les embryons, qu'ils aient ou non été créés à ces fins, au nom de la dignité humaine.

B. Une protection justifiée par le principe juridique de dignité humaine

443. En France et en Allemagne, les interdictions de recherche sur l'embryon sont justifiées par la protection de l'être conçu contre la réification ou l'instrumentalisation, au nom de sa dignité¹³¹¹. Si l'argument relatif à la dignité était, certes, déjà présent dans les débats relatifs à l'AMP, c'est dans le cadre de la recherche biomédicale qu'il trouve son ancrage le plus fort¹³¹², tant en Allemagne qu'en France.

¹³⁰⁷ BVerfG, 15 février 2006, 1 BvR 357/05, §121 : « Cela porte, de manière générale, atteinte au respect et à la protection de la dignité humaine de faire de la personne humaine un simple objet pour l'État ». Voir également, BVerfG, 16 juillet 1969, 1 BvL 19/63, §33 : « Au regard de cette image de la personne humaine, il est attribué à la personne une valeur sociale et un droit à son respect. Il est contraire à la dignité humaine d'appréhender cette personne comme un simple objet » ; BVerfG, 22 mars 1977, 1 BvL 14/76, §144 : « Cela porte atteinte à la dignité humaine de faire de la personne humaine un simple objet ». Le juge applique à l'objet la « théorie de l'objet » (« Objektformel »), développée par Dürig, qui empêche l'être humain d'être relégué au rang d'objet DÜRIG G., « Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde », *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 81, n° 2, 1956, p. 117. Voir aussi SPIESS G., *Der Grundrechtsverzicht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, p. 95.

¹³⁰⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2). Voir aussi, pour la doctrine française, MOLFESSIS N., « Le respect de la dignité de la personne humaine en droit civil », in REVET T., PAVIA M.L. (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, 1999, p.122 ; JEANIN L., « Le principe de dignité en droit allemand, l'interprétation et le renforcement de la valeur axiologique, des droits fondamentaux », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, op. cit., p. 167. Voir également, pour la doctrine allemande, SUCHOMEL J.U., *Partielle Disponibilität der Menschenwürde*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 27 ; SPIEB G., *Der Grundrechtsverzicht*, Frankfurt am main, Lang, 1997, p. 95.

¹³⁰⁹ Voir les débats parlementaires et notamment : BR, 604^{ème} séance, 22 septembre 1989, président Engholm, p. 348 ; BT, 183^{ème} séance, 8 décembre 1989, Seesing, p. 14171. Voir aussi la proposition de la Bavière : Antrag Bayern 15 novembre 1988, Drucksache 535/88 ; de la Basse-Saxe : Gesetzentwurf Niedersachsen, 4 novembre 1988, Drucksache 522/88 ; la proposition parlementaire de loi sur la réglementation des problèmes d'AMP : Gesetzentwurf zur Regelung von Problemen der künstlichen Befruchtung beim Menschen und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen, 16 novembre 1989, Drucksache 11/5710, p. 13 ; le rapport du gouvernement sur l'AMP : Kabinetbericht zur Künstlichen Befruchtung, 10 février 1988, Drucksache 11/1856, p. 7.

¹³¹⁰ SCHÜTZE H., « Klonieren beim Menschen, Zusammenfassung der juristischen Untersuchung », *Jahrbuch für Wissenschaft Und Ethik*, 2005, p. 304. Contra : IPSEN J., « Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro », op. cit., p. 996.

¹³¹¹ Voir également, l'article 18 Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997.

¹³¹² Pour la doctrine, voir notamment, BINET J.R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 115 et suivantes.

444. Cependant, protéger la dignité de l'embryon ne signifie pas automatiquement protéger sa vie. En effet, bien que selon la Cour constitutionnelle, la vie est « *la base vitale de la dignité* »¹³¹³ et qu'elle lie expressément principe de dignité et protection de la vie anténatale¹³¹⁴, il existe des atteintes à la vie qui n'impliquent pas violation de la dignité¹³¹⁵. Par exemple, des métiers dangereux (policiers, militaires) sont susceptibles de porter atteinte à la vie sans nécessairement porter atteinte au principe de dignité¹³¹⁶. À l'inverse, l'esclavage ou la torture sont contraires à la dignité¹³¹⁷, sans porter systématiquement atteinte à la vie. Il est donc possible de protéger la dignité de l'embryon sans protéger sa vie : l'interdiction de la recherche sur l'embryon ne signifie donc pas nécessairement que l'ordre juridique cherche à protéger la *vie biologique*¹³¹⁸. Pour preuve, en 1994, la destruction de l'embryon en l'absence de projet parental est autorisée en France alors même qu'est interdite l'expérimentation : en France, on préfère manifestement que l'embryon soit détruit plutôt qu'instrumentalisé¹³¹⁹. Considérer l'embryon comme un matériau de recherche suppose en effet d'appréhender une entité humaine comme une chose. Cela suppose de porter atteinte à la parcelle d'humanité qu'il détient, et, *in fine*, à l'humanité entière¹³²⁰. Si le législateur français peut accepter, dans le cadre de l'AMP, que certaines entités soient individuellement détruites, il refuse toutefois d'admettre une pratique susceptible de réifier l'être humain et de nuire à l'idée d'inviolabilité de la *nature humaine*¹³²¹. Une telle approche indique certes une forme d'*humanisation* de l'embryon *in vitro* mais ne signifie pas que c'est la *vie nue* que le droit protège. L'évolution du droit français en la matière le prouve.

¹³¹³ Contre l'assimilation dans le champ de la recherche entre vie et dignité, SCHÜTZE H., « Klonieren beim Menschen, Zusammenfassung der juristischen Untersuchung » *op. cit.*, p. 304.

¹³¹⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹³¹⁵ HEUN W., « Embryonenforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos », *op. cit.*, p. 517.

¹³¹⁶ SACKSOFKSY U., « Der verfassungsrechtliche Status des embryos in vitro », *op. cit.*, p. 40 ; SCHÜTZE H., « Klonieren beim Menschen, Zusammenfassung der juristischen Untersuchung », *op. cit.*, p. 304.

¹³¹⁷ De plus, une atteinte à la vie peut être justifiée. Ainsi, l'atteinte à la vie anténatale pourrait, dans le cas de la recherche scientifique, être justifiée par l'article 5 alinéa 3 de la Loi fondamentale (relative à la liberté de la recherche) ou par une loi. La sauvegarde de la dignité, en revanche, est absolue et ne permet aucune restriction.

¹³¹⁸ En ce sens, SCHÜTZE H., « Klonieren beim Menschen, Zusammenfassung der juristischen Untersuchung », *op. cit.*, p. 303. L'auteur considère que la loi de 1990 n'interdit pas de porter à la vie des embryons qui ne peuvent pas se développer car ils ne sont pas protégés par la loi.

¹³¹⁹ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 58.

¹³²⁰ Voir également le préambule de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 « *de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité* ».

¹³²¹ Sénat, 13 janvier 1994, Philippe Douste Blazy, p. 100 : « *L'embryon est un être humain distinct du couple dont il procède, il ne peut y avoir de droit sur l'embryon, car il n'est pas une chose, un objet susceptible d'appropriation [...] [Par conséquent], la recherche ne peut avoir pour effet de porter atteinte à l'intégrité physique de l'embryon. On ne peut pas concevoir à des fins de recherche* » ; Sénat, 14 janvier 1994, Philippe Douste-Blazy, p. 158 : « *Inacceptable, ce serait de considérer l'embryon humain comme un matériau de recherche, bref comme un simple objet. Le gouvernement propose [donc] d'interdire la conception à des fins de recherche* » ; Sénat, 14 janvier 1994, Jean Pierre Fourcade, p. 158 ; CCNE, Avis n° 1, *Prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques*, 22 mai 1984 ; CCNE, Avis n° 8, *Recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques*, 15 décembre 1986 ; CCNE, Avis n° 53, *Constitution de collections de cellules embryonnaires humaines et leur utilisation à des fins thérapeutiques ou scientifiques*, 11 mars 1997.

II. L'affaiblissement de la protection juridique de la vie à partir des années 2000

445. Progressivement, la protection accordée à la vie *in vitro* décroît, à des degrés différents, en France et en Allemagne. En effet, au 21^{ème} siècle, le potentiel scientifique l'expérimentation sur les cellules souches se fait de plus en plus pressant. Ces cellules ont « *pour propriétés principales l'auto-renouvellement (elles se multiplient en donnant de nouvelles cellules souches) et la différenciation (selon certaines conditions de milieu), elles produisent des cellules spécialisées, par exemple de foie, de pancréas, de peau, de muscle, etc.* »¹³²². Les travaux de recherche indiquent que les cellules souches embryonnaires peuvent être isolées et cultivées *in vitro*, se renouveler *in vitro* et engendrer *in vitro* la quasi-totalité des deux cents familles de cellules qui composent le corps humain¹³²³. Les cellules souches sont donc d'une importance capitale pour la recherche biomédicale et font naître de vifs espoirs dans le champ de la médecine régénérative, qui sont d'autant plus forts que les sociétés occidentales sont vieillissantes. Cependant, certaines cellules ne peuvent être prélevées qu'au prix de la destruction de l'embryon¹³²⁴. Il importe dès lors de déterminer quel intérêt, de la protection de la vie *in vitro* ou de la recherche scientifique, doit l'emporter. Le droit allemand et le droit de l'Union européenne tentent de faire primer la protection de la vie nue sur celle de la recherche scientifique, affirmant que la vie est un processus continu protégé dès la conception. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) interprète ainsi certaines dispositions centrales du droit des brevets comme interdisant la brevetabilité des inventions ayant supposé la destruction préalable d'embryons (A). Cependant, malgré cette affirmation particulièrement forte, progressivement, les droits français et allemand libéralisent, à des degrés différents, le régime juridique de la recherche biomédicale : la protection de la recherche scientifique en vient, dans certains cas, à primer sur celle de la vie nue, au terme d'un processus de catégorisation renouvelé entre différentes formes de vie qui met à mal l'idée selon laquelle c'est *zoe* que le droit protège (B).

¹³²² Institut national de la santé et de la recherche médicale, Dossier d'informations : « cellule souche », disponible sur <http://www.inserm.fr/dossiers-d-information/cellule-souche>.

¹³²³ CCNE, Avis n° 112, *Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, *op. cit.*, p. 21.

¹³²⁴ En ce sens, voir le projet de loi sur l'importation des cellules souches : Entwurf eines Gesetzes zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzelle, Drucksache 14/8394, p. 7 : « On trouve les cellules souches prélevées sur des embryons de quelques jours (blastocyste), après une PMA (cellules souches embryonnaires), sur des fœtus décédés, notamment après une IVG (gamètes embryonnaires), dans le cordon ombilical (cellule souche néonatale) ou dans l'organisme humain (cellules souches adultes) ».

A. Le droit des brevets comme vecteur d'une affirmation de principe de la protection de la vie *in vitro*

446. Amenée à se prononcer dans le cadre d'une question préjudicielle formulée par la Cour fédérale de justice allemande, la CJUE juge que l'embryon *in vitro* doit être protégé dès la conception (1). Cette approche ontologique de la vie est ensuite reprise par la Cour fédérale de justice allemande (2).

1. L'affaire *Brüstle* devant la Cour de Justice de l'Union européenne

447. En 2001, la CJUE est saisie par la Cour fédérale de justice allemande de la question de savoir si la directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques¹³²⁵, qui exclut la brevetabilité des projets utilisant des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales¹³²⁶, exclut également la brevetabilité des projets utilisant des cellules souches embryonnaires humaines. En somme, la Cour fédérale demande à la CJUE si la directive 98/44/CE assimile les cellules souches aux embryons. La Cour apporte ici une réponse positive à ces questions. Elle considère en effet que sont exclus de la brevetabilité les procédés qui conduisent à la destruction des embryons, ce qui écarte de nombreux procédés de prélèvement de cellules souches. La Cour fonde son raisonnement sur la définition de l'embryon *in vitro* qu'elle donne ici¹³²⁷ : « Constituent un embryon humain au sens de l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer »¹³²⁸. La Cour accorde ainsi à l'embryon une protection importante puisque « la destruction des embryons est une limite de la brevetabilité des inventions biotechnologiques »¹³²⁹. La Cour insiste sur le caractère d'être humain de l'embryon dès l'apparition de ses premières cellules. Alors qu'il lui aurait été possible de simplement répondre à la question posée par l'affirmative ou la

¹³²⁵ CJUE, *Brüstle contre Greenpeace*, 18 novembre 2011, C-34/10, §23. Voir notamment, HAUSER J., « Brevetabilité des inventions sur l'embryon (suite et fin) », *RTDciv.*, 2012, p. 85 ; HAUSER J., « Définition de l'embryon humain et brevetabilité : l'embryon, une cellule qui a de l'avenir ? », *RTDciv.*, 2015, p. 9 ; GALLOUX J.C., « L'embryon communautaire », *Dalloz*, 2012, p. 410.

¹³²⁶ Article 6§2c de la directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions technologiques.

¹³²⁷ Sur ce point, HENNETTE-VAUCHEZ, « L'embryon de l'Union », *op. cit.*, p. 355.

¹³²⁸ CJUE, *Brüstle contre Greenpeace*, 18 novembre 2011, C-34/10, §38. Sans toutefois réaffirmé l'existence d'un principe de dignité, La Cour s'est à nouveau prononcée, dans le cadre d'une question préjudicielle, sur la brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines dans CJUE, *International Stem Cell Corporation contre Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 18 décembre 2014, C-364-13.

¹³²⁹ BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 92.

négative, la Cour opte donc pour une définition positive de l'embryon¹³³⁰, considérant à l'instar du droit allemand qu'il existe dès le stade d'ovule fécondé.

448. Symboliquement, cette décision produit des effets particulièrement importants puisque la Cour se réfère expressément au principe de « *dignité humaine* »¹³³¹. Elle qualifie ainsi l'embryon d'êtres humains *dignes* de protection juridique¹³³². On observe un parti pris axiologique¹³³³ de la Cour en faveur de l'humanité de l'embryon. Pourtant, lorsque la Cour de justice de l'Union européenne a eu à se prononcer sur l'avortement¹³³⁴, la procréation médicalement assistée¹³³⁵, ou la gestation pour autrui¹³³⁶, elle a affirmé vouloir se focaliser sur la règle de droit en refusant de se prononcer sur le plan moral ou éthique¹³³⁷. Bien sûr, le fait qu'elle revendique une lecture strictement juridique des dispositions en cause ne signifie pas que son raisonnement soit effectivement axiologiquement *neutre*¹³³⁸ ; seulement qu'il prétend l'être. Tel n'est toutefois pas le cas ici. La Cour se prononce clairement en faveur d'une conception ontologique de la vie, la présentant comme un processus continu qui doit être protégé dès la conception.

449. Concrètement, cette décision implique que la brevetabilité soit interdite dans de nombreux cas de figure¹³³⁹ puisqu'une invention qui nécessite la destruction d'un embryon humain ne saurait être brevetée¹³⁴⁰. Dès lors, jusqu'à ce que la production de cellules souches embryonnaires sans destruction d'embryons soit possible avec certitude¹³⁴¹ de nombreuses recherches risquent, du fait

¹³³⁰ CJUE, *Brüstle contre Greenpeace*, 18 novembre 2011, C-34/10, §35.

¹³³¹ *Ibid.*, §32 ; §34 : « Le contexte et le but de la directive révèlent ainsi que le législateur de l'Union a entendu exclure toute possibilité de brevetabilité, dès lors que le respect dû à la dignité humaine pourrait en être affecté. Il en résulte que la notion d'embryon humain au sens de l'article 6, paragraphe 2, c, de la directive doit être comprise largement ». Voir sur ce point, MIRKOVIC A., « La recherche sur l'embryon stoppée à Luxembourg ? », *AJ fam.*, 2011, p. 518 ; BATISTA P., « Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen - kritische Würdigung der Entscheidung des EuGHs im Fall Brüstle », *GRURInt.*, 2013, p. 514 ; TAUPITZ J., « Menschenwürde von Embryonen », *GRUR*, 2012, p. 1.

¹³³² FELGES J., « Weite Auslegung des Begriffs menschlicher Embryonen », *GRUR*, 2011, p. 1104.

¹³³³ HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'embryon de l'Union », *op. cit.*, p. 355.

¹³³⁴ CJUE, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contre Stephen Grogan et autres*, 4 octobre 1991, Affaire C-159/90.

¹³³⁵ CJUE, *Sabine Mayr contre Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, 26 février 2008, Affaire C-506/06.

¹³³⁶ CJUE, *A Government Department and the Board of Management of a Community School*, 18 mars 2014, Aff. C-167/12 C ; voir HENNETTE-VAUCHEZ S., « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, 2014.

¹³³⁷ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et Politique dans la détermination des contours de l'office du juge », *Mélanges Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 785.

¹³³⁸ *Ibid.* Selon l'auteure, dans ces deux arrêts, il s'agit quand même de l'endossement des valeurs du « marché ».

¹³³⁹ CJUE, *Brüstle contre Greenpeace*, 18 novembre 2011, C-34/10, §38.

¹³⁴⁰ CJUE, *Brüstle contre Greenpeace*, 18 novembre 2011, C-34/10, §37. La CJUE laisse au juge national le soin de déterminer si les « cellules souches » obtenues à partir d'un embryon humain au stade de blastocyste sont de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain et relèvent, par conséquent, de la notion de « d'embryon humain » au sens et pour l'application de la directive.

¹³⁴¹ Hors les cas de transfert nucléaire ou parthénogenèse. Ces techniques ne sont pas non plus brevetables au regard de cette directive.

de cette jurisprudence, de ne pas pouvoir obtenir de brevets¹³⁴². Cette décision montre ainsi une volonté de protection de l'embryon contre la réification, principalement lorsqu'elle est justifiée par des objectifs financiers. De la même manière, dans une autre décision de 2014, la CJUE déclare que l'ovocyte même non fécondé doit être qualifié d'être humain s'il dispose de la capacité intrinsèque de se développer¹³⁴³. Ces définitions sont certes pensées comme étant cantonnées à l'applicabilité des directives concernées. Toutefois, certains auteurs, à l'instar d'Aude MIRKOVIC, y voient déjà une définition qui va « *informer tout le droit de l'Union européenne* »¹³⁴⁴.

450. La CEDH¹³⁴⁵ semble également adopter une telle approche en refusant dans l'affaire *Parrillo contre Italie* de 2015 de qualifier de *biens*, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 de la CESDH, les embryons humains¹³⁴⁶. En l'espèce, une femme souhaitait que ses embryons surnuméraires soient donnés à la recherche, ce que ne lui permettait pas le droit italien. La Cour refuse toutefois de faire découler de l'article 8 de la CESDH un droit pour la requérante de donner ses embryons surnuméraires à la recherche¹³⁴⁷. Pour justifier ce refus, elle se réfère à la Convention d'Oviedo qui interdit de créer des embryons surnuméraires à des fins scientifiques¹³⁴⁸, et à la jurisprudence de la CJUE qu'elle analyse comme le signe de « *ce que les limites imposées au niveau européen visent plutôt à freiner les excès dans ce domaine* »¹³⁴⁹. La requérante faisait pourtant remarquer qu'en Italie, une femme a le droit d'interrompre sa grossesse dans un délai de 12 semaines et que, par conséquent, il apparaît incohérent d'interdire le don à la recherche sous prétexte que cela entraîne la destruction de quelques cellules *in vitro* alors même que la destruction d'un embryon *in utero* est autorisée dans le cadre de l'IVG. La Cour rejette toutefois cet argument. Sa tentative pour préserver la vie contre la réification peut être lue comme cherchant à soutenir une conception ontologique de la vie, à l'instar du droit allemand.

¹³⁴² Voir notamment, BATISTA P., « Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen - kritische Würdigung der Entscheidung des EuGH im Fall Brüstle », *GRURInt.*, 2013, p. 514 ; TRIPS-HEBERT R., GRUND M., « Die Früchte des verbotenen Baumes? Die Patentierung von Stammzellen nach dem "Brüstle-Urteil" des Bundespatentgerichts und mögliche Fernwirkungen für die pharmazeutische Industrie », *PharmaR*, 2007, p. 397 ; TIMKE J., *Die Patentierung embryonaler Stammzellen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 92 et suivantes.

¹³⁴³ CJUE, *International Stem Cell Corporation contre Controller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 18 décembre 2014, C-364/13,

¹³⁴⁴ MIRKOVIC A., « La recherche sur l'embryon stoppée à Luxembourg », *AJ Famille*, 2011, p. 518.

¹³⁴⁵ CEDH, *Parrillo contre Italie*, 27 août 2015, n° 4647011.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, §215. Voir notamment, NALEPA N., « Audience de Grande Chambre de la CEDH : la recherche et l'embryon », *Dalloz actualité*, 09 juillet 2014.

¹³⁴⁷ *Ibid.*, §188.

¹³⁴⁸ Article 18 alinéa 2 de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 4 avril 1997.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, §182.

2. L'affaire *Brüstle* devant la Cour fédérale de justice

451. À la suite à la réponse de la CJUE quant à l'interprétation de la directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, la Cour fédérale de justice allemande tranche le litige *Brüstle*¹³⁵⁰. Notons que la législation allemande relative à la recherche sur l'embryon¹³⁵¹ est l'une des plus restrictives d'Europe. Ainsi, les recherches pratiquées en Allemagne ne peuvent pas obtenir de brevet lorsqu'elles utilisent des embryons à des fins commerciales ou industrielles¹³⁵². Cela freine considérablement l'intérêt économique¹³⁵³ de ces travaux puisque les résultats obtenus en Allemagne ne peuvent être utilisés que par les détenteurs étrangers des brevets¹³⁵⁴. Étant donné que la décision de la CJUE soutient cette approche restrictive au nom de la protection de la vie, la Cour fédérale de justice déclare dans une décision de 2012 que « *le brevetage de cellules non différenciées qui proviennent de cellules souches embryonnaires humaines est exclu par la loi des brevets*¹³⁵⁵, dès lors que le fascicule du brevet précise que les recherches ont été réalisées à partir de cellules souches ou de lignées de cellules souches prélevées sur des embryons humains »¹³⁵⁶. Elle ajoute que la loi ne s'oppose pas à la brevetabilité « *lorsque la demande de brevet se limite aux recherches qui n'ont pas utilisé de cellules provenant de cellules souches embryonnaires qui impliquaient la destruction d'embryon* »¹³⁵⁷. Il est ici intéressant de souligner que la Cour précise, à l'instar de la Cour constitutionnelle dans ses décisions relatives à l'IVG, que cette décision veut éviter de *donner l'impression* d'une tolérance étatique à l'égard de pratiques portant atteinte à la dignité humaine de l'embryon : « *Si le brevet était admis sans restriction, cela renverrait l'impression d'une approbation étatique d'une appréhension de l'embryon pourtant contraire à la dignité*

¹³⁵⁰ Monsieur Brüstle veut l'annulation de la décision de première instance de la Cour fédérale des brevets (Bundespatentgericht, 5 décembre 2006) qui avait annulé son brevet (relatif à l'utilisation économique de cellules provenant d'embryons humains et devant servir à la création de cellules nerveuses humaines). Voir aussi, HAUSER J., « Définition de l'embryon humain (suite) : l'embryon européen », *RTDcin.*, 2011, p. 97.

¹³⁵¹ Deutsche Forschungsgemeinschaft Stammzellforschung in Deutschland, *Möglichkeit und Perspektiven. Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft*, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁵² §2 II n° 3 de la loi allemande sur les brevets : « *Dès lors que celui-ci nécessite l'utilisation d'embryons humains à des fins commerciales ou industrielles* ». Voir également, BGH, 27 novembre 2012, X ZR 58/07. En revanche, pour les cellules souches qui n'entraînent pas de destruction, un brevet est possible.

¹³⁵³ CHAMPRIS (de) T., « Bioéthique : l'Allemagne au bord du Rubicon », p. 80 cité par PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative sur l'assistance médicale à la procréation*, *op. cit.* p. 199.

¹³⁵⁴ Deutsche Forschungsgemeinschaft Stammzellforschung in Deutschland, *Möglichkeit und Perspektiven. Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft*, *op. cit.*, p. 55. Les chercheurs allemands sont donc dépendants des brevets et des licences étrangères.

¹³⁵⁵ Dès lors que la demande de brevet précise que les matériaux utilisés proviennent de lignées cellulaires et de cellules souches d'embryons humains détruits.

¹³⁵⁶ BGH, 27 novembre 2012, X ZR 58/07. Voir sur cette question, MEIER-BECK P., « Die Rechtsprechung des BGH zum Patent und Gebrauchsmutterrecht im Jahr 2012 », *GRUR*, 2013, p. 1177 ; BATISTA P.H., « Zur Patientierung menschlicher embryonaler Stammzellen - kritische Würdigung der Entscheidung des EuGH im Fall Brüstle », *GRUTint.*, 2013, p. 514 ; DEDERER H.G., « Stammzellpatente : *causa finita* ? », *GRUR*, 2013, p. 352.

¹³⁵⁷ *Ibid.* Le juge ajoute ensuite que les cellules souches humaines qui sont prélevées sans destruction d'un embryon ne sont pas des embryons au sens de la loi des brevets dès lors qu'il est nécessaire - pour que ces dernières se transforment « en embryon apte à se développer » - qu'elles soient combinées avec d'autres cellules.

humaine »¹³⁵⁸. C'est à se demander s'il importe avant tout de protéger *effectivement* l'embryon ou seulement d'affirmer le faire. La Cour affirme en tout cas ici protéger toutes les formes de vie, y compris les plus primaires, c'est-à-dire la vie nue.

452. La décision de la Cour fédérale allemande a néanmoins été critiquée¹³⁵⁹ car elle laisse malgré tout la porte ouverte à de futures mises en danger de l'embryon. En effet, concernant le cas d'espèce, la Cour estime le brevet est seulement partiellement nul. Tout laisse à croire que dernier pourrait être validé dès lors que le prélèvement de cellules n'entraîne pas la destruction d'embryons. Certains considèrent par conséquent insuffisante la protection accordée par la Cour à l'embryon *in vitro*. Non seulement la Cour ne protège pas la vie contre d'éventuelles réifications, mais certains observateurs « craignent une forte augmentation des risques que l'embryon - même lorsqu'il n'est pas détruit par le prélèvement de cellules - soit "abimé" dans le processus et ceux uniquement à des fins scientifiques, ce qui ne saurait être acceptable »¹³⁶⁰. La Cour précise d'ailleurs que « les cellules souches humaines qui sont prélevées sans la destruction de l'embryon, ne sont pas à qualifier d'embryon au sens du §2 de la loi sur les brevets du seul fait que leur combinaison avec d'autres cellules permettrait de les faire se développer en embryon apte à évoluer »¹³⁶¹. Certains auteurs y voient une volonté du juge de laisser une porte ouverte aux chercheurs, une possibilité d'obtenir un brevet¹³⁶².

453. À l'appui de ces critiques, il faut observer que, même si le droit allemand cherche, de manière plus appuyée qu'en France, à protéger la vie *in vitro*, il définit malgré tout des seuils qui conditionnent cette protection. De la même manière, malgré la conception ontologique de la vie défendue dans l'arrêt *Brüstle*, la CJUE admet elle aussi la fixation de *seuil* puisqu'elle considère dans sa décision de 2014 que les ovocytes non fécondés ne doivent pas être appréhendés comme des êtres humains s'ils ne disposent pas de la capacité intrinsèque de se développer¹³⁶³. Le droit de l'UE, à l'instar du droit allemand, fixe des seuils dans la protection qu'il accorde à la vie *in vitro*.

¹³⁵⁸ *Ibid.* §34.

¹³⁵⁹ Voir notamment, TOLMEIN O., « Keine Chance für kein Patent auf Leben », *LTO*, 22 novembre 2012 ; BATISTA P., « Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen - kritische Würdigung der Entscheidung des EuGH im Fall *Brüstle* », *op. cit.*, p. 514 ; TRIPS-HEBERT R., GRUND M., « Die Früchte des verbotenen Baumes? Die Patentierung von Stammzellen nach dem "Brüstle-Urteil" des Bundespatentgerichts und mögliche Fernwirkungen für die pharmazeutische Industrie », *op. cit.*, p. 397.

¹³⁶⁰ TOLMEIN O., « Keine Chance für kein Patent auf Leben », *op. cit.*

¹³⁶¹ BGH, 27 novembre 2012, X ZR 58/07.

¹³⁶² TOLMEIN O., « Keine Chance für kein Patent auf Leben », *op. cit.*

¹³⁶³ CJUE, *International Stem Cell Corporation contre Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 18 décembre 2014, C-364-13. Voir, TIMKE J., « Die Patentierbarkeit parthenogenetischer Stammzellen nach der Richtlinie 98/144/EG », *GRURint.*, 2015, p. 319.

B. Le droit de la recherche scientifique comme vecteur d'un affaiblissement de la protection de la vie *in vitro*

454. Avant que se pose la question de la brevetabilité des recherches faites sur l'embryon *in vitro*, la question de la légalité même de ces recherches s'est posée. Si, comme on l'a vu, en 1990 en Allemagne et, en 1994 en France, ces recherches ont été interdites ; progressivement, les deux ordres juridiques les ont progressivement admises à des degrés différents. En France (1) et en Allemagne (2), la protection de la seule vie biologique s'en trouve affaiblie.

1. La libéralisation progressive de la recherche sur l'embryon en France

455. La France libéralise progressivement la recherche sur l'embryon (a) grâce notamment à l'exclusion des cellules souches de la catégorie des embryons (b).

a. D'une autorisation dérogatoire à une autorisation de principe de la recherche sur l'embryon

456. En 2004, la loi réaffirme l'interdiction de principe de la recherche embryonnaire tout en libéralisant cette pratique à titre exceptionnel et sous conditions¹³⁶⁴. Jusqu'en 2013, il existe donc en droit français une interdiction de principe assortie d'autorisations dérogatoires. En 2004, sous la pression de nombreux scientifiques - pour qui la recherche sur les cellules souches embryonnaires est devenue un « *enjeu scientifique majeur* »¹³⁶⁵ - mais également d'instances institutionnelles¹³⁶⁶, le législateur admet une autorisation de recherche dérogatoire. Le principe reste toutefois l'interdiction ; la finalité étant de continuer à affirmer, au moins d'un point de vue symbolique, la protection de la vie nue. Ainsi, lors des débats parlementaires de 2004, le principe de protection continue de la vie est d'abord réaffirmé. Les partisans de la libéralisation de la recherche considèrent que « *la loi de 1994 interdit toute atteinte à la dignité de la personne et garantit, après la loi sur l'IVG de 1975, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »¹³⁶⁷. Les opposants considèrent, eux, que

¹³⁶⁴ Article 25 de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

¹³⁶⁵ CHARLES B., CLAYES A., *Rapport d'information de l'Assemblée nationale, par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des « lois bioéthiques » de juillet 1994, op. cit.*, p. 113.

¹³⁶⁶ Voir notamment, CE, *Les lois de bioéthique : cinq ans après, op. cit.* ; Recommandations de l'Académie des sciences et de l'Académie Nationale de Médecine relatives à l'utilisation de cellules souches embryonnaires humaines, 2002.

¹³⁶⁷ AN, séance 1 du 16 janvier 2002, Jean Clause Guibal, p. 557.

« si l'on change de finalité [...] on change aussi de philosophie. S'il est permis d'utiliser ces embryons pour faire du bien à autrui, qu'est-ce qui s'opposerait à ce qu'on fasse d'eux des esclaves, des êtres humains de seconde zone ? [...] Il ne faut pas en effet que la recherche aille jusqu'à nier la vie. On en arriverait à supprimer toute vie qui ne serait pas jugée digne d'être vécue »¹³⁶⁸ et que « dans un contexte social et sociétal de réification de la personne, nous ne sous-estimons pas le risque de banalisation de la réification de l'embryon humain »¹³⁶⁹.

457. Un compromis est alors proposé par le Sénat : maintenir l'interdiction de principe et n'autoriser la recherche qu'à titre exceptionnel. L'idée est de rappeler « ce qu'est la règle, le principe fondateur » en l'occurrence, l'interdiction ; tout en acceptant « l'idée d'une exception qui s'impose, tout simplement parce qu'il existe un autre intérêt tout aussi supérieur, je veux parler de l'embryon lui-même et de la santé des êtres humains [...] [mais] nous voulons garder l'esprit de l'interdit fondateur qui consiste à ne pas tuer »¹³⁷⁰. Le législateur opte donc pour une conciliation¹³⁷¹ entre « un soutien aux nouvelles promesses offertes par la médecine régénérative et un respect symbolique dû à l'embryon »¹³⁷². L'embryon demeure par principe protégé contre la réification.

458. Les conditions posées par le texte sont strictes. La loi dispose que

« par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques. Les recherches dont les protocoles ont été autorisés dans ce délai de cinq ans et qui n'ont pu être menées à leur terme dans le cadre dudit protocole peuvent néanmoins être poursuivies dans le respect des conditions du présent article, notamment en ce qui concerne leur régime d'autorisation ».

459. Le texte ajoute ensuite que si l'embryon ne fait plus l'objet d'un projet parental, il peut faire l'objet d'une expérimentation dès lors que le consentement écrit préalable du couple a été recueilli après un délai de réflexion de 3 mois¹³⁷³. Par ailleurs, il faut que le protocole de recherche ait fait l'objet d'une autorisation par l'Agence de la biomédecine (ABM)¹³⁷⁴, la loi précisant que

¹³⁶⁸ AN, 16 janvier 2002, Pascal Clément, p. 550.

¹³⁶⁹ Sénat, 30 janvier 2003, Guy Fischer.

¹³⁷⁰ Sénat, 30 janvier 2003, Jean François Mattéi.

¹³⁷¹ BIOY X., RIAL-SEBBAG E., « L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », *AJDA*, 2013, p. 2204.

¹³⁷² *Ibid.* Notons qu'aucun rapprochement avec le régime juridique des expérimentations sur la personne n'est proposé, la recherche sur l'embryon étant directement pensée comme nécessitant une réglementation autonome.

¹³⁷³ Article L2151-5 alinéa 4 CSP.

¹³⁷⁴ Créée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et mise en place par le décret n° 2005-420 du 4 mai 2005 relatif à l'Agence de la biomédecine et modifiant le Code de la santé publique.

« la décision d'autorisation est prise en fonction de la pertinence scientifique du projet de recherche, de ses conditions de mise en œuvre au regard des principes éthiques et de son intérêt pour la santé publique. La décision de l'agence, assortie de l'avis du conseil d'orientation, est communiquée aux ministres chargés de la santé et de la recherche qui peuvent, lorsque la décision autorise un protocole, interdire ou suspendre la réalisation de ce protocole lorsque sa pertinence scientifique n'est pas établie ou lorsque le respect des principes éthiques n'est pas assuré »¹³⁷⁵.

460. La loi assortit, en outre, l'ensemble de la procédure de sanctions administratives¹³⁷⁶ et précise que *« les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation »*¹³⁷⁷. Le législateur n'entend ainsi pas banaliser la recherche biomédicale sur l'embryon *in vitro*¹³⁷⁸ mais concilier la protection de la vie d'un côté avec l'amélioration du progrès scientifique de l'autre¹³⁷⁹.

461. Le législateur cherche à affirmer un *principe* mais on peut douter de sa réelle substance¹³⁸⁰. En ce sens, notons que le juge constitutionnel ne se prononce pas sur cette nouvelle possibilité¹³⁸¹. Certains parlementaires critiquent *« l'hypocrisie »*¹³⁸² d'un tel mécanisme et le manque de cohérence de ce principe d'interdiction assorti de dérogations :

*« Vous avez donc choisi d'interdire l'expérimentation sur un embryon pour, tout aussitôt, l'autoriser par dérogation, pour cinq ans. C'est ce que j'appellerai très franchement une hypocrisie »*¹³⁸³ ou que *« sans entrer dans le débat, je voudrai d'ores et déjà souligner l'ambiguïté que vous créez en interdisant, d'une part, toute manipulation sur l'embryon in vitro ou par clonage à des fins de recherche et, d'autre part, en l'autorisant, certes à titre dérogatoire, sur l'embryon surnuméraire qui, même s'il est voué à la destruction, demeure toujours, dans l'esprit de nombre de nos collègues de la majorité un être potentiellement vivant »*¹³⁸⁴.

462. L'évolution du dispositif français va leur donner raison.

463. Ce compromis juridique est maintenu en 2011 lorsque les lois bioéthiques sont rediscutées¹³⁸⁵. Les débats opposent désormais les partisans du maintien de *« l'interdiction avec dérogations »*¹³⁸⁶ et de *« l'autorisation encadrée »*¹³⁸⁷. Malgré une quasi-unanimité des organismes

¹³⁷⁵ Article L2151-5 alinéa 4 CSP.

¹³⁷⁶ Article L2151-5 alinéa 4 CSP.

¹³⁷⁷ Article L2151-4 (version de la loi du 6 août 2004).

¹³⁷⁸ L'importation de tissus ou de cellules embryonnaires ou fœtales aux fins de recherche est soumise à l'autorisation préalable de l'Agence de la biomédecine. Cette autorisation ne peut être accordée que si ces tissus ou cellules ont été obtenus dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du Code civil.

¹³⁷⁹ AN, séance 2 du 16 janvier 2002, Gérard Schwartzenberg : *« D'abord, la recherche sur les cellules souches embryonnaires. Nous devons d'un côté veiller à ne pas réifier l'embryon, de l'autre prendre en considération le droit des malades à voir la recherche progresser et déboucher sur des thérapeutiques capables de soulager leurs souffrances ou même de les guérir »*; AN, séance 2 du 15 janvier 2002, Philippe Nauche : *« Quel équilibre trouver entre le respect de la vie et le droit de ceux qui souffrent ? »*.

¹³⁸⁰ CE, *La révision des lois de bioéthique*, *op. cit.*, p. 23 : 52 projets de recherches autorisés, 8 refus.

¹³⁸¹ Conseil constitutionnel, DC n° 2004-498, 29 juillet 2004, «Loi relative à la bioéthique»; LE POURHIET A.M., «Le Conseil constitutionnel et l'éthique biomédicale», *op. cit.*, p. 220. L'auteur critique précisément sur ce point la décision.

¹³⁸² Voir notamment, Sénat, 30 janvier 2003, François Autain.

¹³⁸³ Sénat, 30 janvier 2003, François Autain.

¹³⁸⁴ Sénat, 30 janvier 2003, Bernard Cazeau.

¹³⁸⁵ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

¹³⁸⁶ LEONETTI J., *Rapport à l'Assemblée nationale relatif à la bioéthique*, n° 3403, 11 mai 2011, p. 166.

¹³⁸⁷ MILLON A., *Rapport au Sénat relatif à la bioéthique*, n° 388, 30 mars 2011, p. 91.

consultés¹³⁸⁸ sur la nécessité de modifier la loi et de passer à un régime d'autorisations conditionnées, le principe d'interdiction de 2004 est maintenu après d'après débats¹³⁸⁹ et à seulement quelques voix d'écart¹³⁹⁰. Le régime est même durci : la recherche ne peut être autorisée que s'« *il est expressément établi qu'il est impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches* »¹³⁹¹, alors qu'en 2004, le texte précisait juste qu'il ne devait pas « *exister de méthode alternative d'efficacité comparable* »¹³⁹². Cette nouvelle condition posée en 2011 mène à la contestation judiciaire de plusieurs projets de recherche, autorisés par l'Agence de la biomédecine (ABM)¹³⁹³. La Cour administrative d'appel de Paris annule même sur le fondement de la loi de 2011, une autorisation, estimant qu'aucun consensus scientifique n'existe sur le caractère substituable des deux techniques en cause¹³⁹⁴. Ainsi, « *le juge prend donc le législateur au mot pour exiger la preuve, presque impossible, d'une absence d'équivalence, alors même que les chercheurs ne savent pas eux-mêmes ce qu'ils vont trouver, ni comment. Au demeurant, la décision de la Cour respectait parfaitement l'esprit de la loi, celui de l'interdit* »¹³⁹⁵. Voilà qui conforte l'idée selon laquelle le système juridique français tente bien, par principe, de protéger l'embryon.

464. Toutefois, même si le juge semble, dans un premier temps, donner un contenu normatif au principe d'interdiction, le changement de finalité amorcé en 2004 se concrétise en 2013 par la libéralisation complète de la recherche sur l'embryon. Cette année-là, le législateur renverse le mécanisme : il fait de l'autorisation de la recherche le principe au détriment de la protection de la vie *in vitro*. La loi de 2013¹³⁹⁶ met ainsi fin au régime d'interdiction avec dérogations pour consacrer un régime d'autorisation sous conditions¹³⁹⁷. Juridiquement, cela implique un changement d'interprétation : en cas de régime de dérogations, l'interprétation des conditions est stricte¹³⁹⁸ alors qu'en cas de régime d'autorisations, le refus nécessite une motivation et un contrôle de

¹³⁸⁸ Voir notamment, CE, *Les lois de bioéthique : cinq ans après, op. cit.* ; Recommandations de l'Académie des sciences et de l'Académie Nationale de Médecine relatives à l'utilisation de cellules souches embryonnaires humaines, 2002.

¹³⁸⁹ BIOY X. « À la recherche de l'embryon », *Constitution*, 2013, p. 443.

¹³⁹⁰ En deuxième lecture au Sénat, 164 voix contre 161.

¹³⁹¹ Article 25 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

¹³⁹² Article 37 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (article L1241-5 CSP dans sa version de l'époque).

¹³⁹³ THOUVENIN D., « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogations ou autorisation sous conditions », *RDSS*, 2014, p. 283.

¹³⁹⁴ CAA Paris, 20 mai 2012, Fondations Jérôme Lejeune, n° 10PA05827, *AJDA*, 2012, p. 600.

¹³⁹⁵ BIOY X., « A la recherche de l'embryon », *op. cit.*, p. 443.

¹³⁹⁶ Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

¹³⁹⁷ Fixées par la nouvelle version de l'article L.2151-5 CSP.

¹³⁹⁸ En ce sens, CAA Paris, 20 mai 2012, Fondations Jérôme Lejeune, n° 10PA05827, p. 600.

proportionnalité¹³⁹⁹. Cela entraîne un renversement de la charge de la preuve : dans le cadre du premier régime, c'est à l'autorité administrative de motiver sa décision tandis que dans le cadre du second, la preuve de l'existence d'alternatives sérieuses doit être apportée. Symboliquement¹⁴⁰⁰, cette loi met fin à la désapprobation de la réification de l'embryon. Dorénavant, le principe du « respect de l'embryon dès le commencement de sa vie » n'implique, ni la protection de la vie de l'embryon en l'absence de projet parental, ni celle de son intégrité physique ou de sa dignité¹⁴⁰¹. Le régime se libéralise fortement, sans d'ailleurs que le Conseil constitutionnel s'y oppose¹⁴⁰², grâce notamment à l'exclusion discursive des cellules souches de la catégorie des embryons.

b. La construction discursive d'une distinction entre cellules souches et embryons

465. Pour bien saisir cette évolution - et surtout pour mettre en lumière la *catégorisation* à laquelle procède le droit dans ce cadre -, il importe de comprendre que cette libéralisation a été rendue possible par l'utilisation de techniques discursives visant à exclure les cellules souches de la catégorie des embryons. En effet, l'embryon humain apparaît tout d'abord sous la forme d'une toute première cellule. Elle est, à elle seule, l'embryon humain puisque chacune des premières générations de cellules va pouvoir donner naissance à de nouveaux embryons¹⁴⁰³. Parmi les cellules souches embryonnaires, il existe les cellules dites totipotentes - capable de former un nouvel organisme complet - et les cellules souches pluripotentes - capable de former de nouveaux tissus de l'organisme mais qui ne peuvent pas aboutir à la formation d'un individu complet¹⁴⁰⁴. À mesure que les cellules de première génération engendrent de nouvelles cellules, elles perdent de leur potentialité et une « frontière va apparaître entre l'embryon en tant que tel et chacune des cellules qui le composent »¹⁴⁰⁵. Le droit doit alors déterminer le moment à partir duquel les cellules ne se distinguent plus de l'embryon. Certains députés l'analysent en ces termes : « Nous avons donc à nous poser la question de savoir si nous voulons respecter la vie en général, l'être humain en particulier ou la personne humaine

¹³⁹⁹ En ce sens, à propos des interprétations de la CJUE, voir notamment, PILCSER J.S., « Un tour d'horizon des méthodes d'interprétation de la Cour à travers le régime particulier de TVA des agences de voyages », RTDE, 2014, p. 605 : « Le travail d'interprétation de la Cour consiste en une combinaison et, le cas échéant, en une mise en balance de différentes méthodes. Au triptyque classique de l'interprétation littérale, de l'interprétation contextuelle et de l'interprétation téléologique peuvent être combinées d'autres grilles de lecture, telles que l'interprétation originaliste, l'interprétation conforme ou l'interprétation stricte des dérogations ».

¹⁴⁰⁰ BIOY X., « A la recherche de l'embryon », *op. cit.*, p. 443.

¹⁴⁰¹ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative de l'assistance médicale à la procréation*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁰² Conseil constitutionnel, DC n° 2013-674, 1er août 2013, « loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires » ; voir également, CLERCKS J., « L'embryon humain - le législateur, le début de la vie et la loi relative à la bioéthique », *op. cit.*, p. 749.

¹⁴⁰³ CCNE, Avis n° 112, *Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁰⁴ CE, *La révision des lois bioéthique*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁰⁵ CCNE, Avis n° 112, *Une Réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, *op. cit.*, p. 27.

exclusivement. Nous sommes nécessairement amenés à nous interroger sur le moment à partir duquel nous estimons être en présence d'un être humain »¹⁴⁰⁶. Or, si la loi française admet la recherche sur les cellules souches, c'est en partie en raison de l'idée selon laquelle les cellules souches embryonnaires ne sont pas des embryons. En ce sens, on peut observer que le juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir portant sur une décision d'importation de cellules souches, estime que « *les cellules souches pluripotentes d'origine humaine [...] ne peuvent être regardées comme des embryons et, [que] par conséquent, les dispositions du Code de la santé publique prohibant l'expérimentation sur l'embryon ne leur sont pas applicables* »¹⁴⁰⁷. Il exclut ainsi de la catégorie des embryons les cellules souches pluripotentes¹⁴⁰⁸ et procède donc de nouveau à une catégorisation entre les différentes formes de vie. Les parlementaires cherchent également à *déshumaniser* les cellules souches en mettant en œuvre une nouvelle rhétorique¹⁴⁰⁹ au regard de laquelle les cellules souches ne sont pas des embryons mais avant tout un amas de cellules¹⁴¹⁰. Le but est de modifier la représentation symbolique de l'embryon, souvent assimilé dans l'imaginaire collectif à un bébé¹⁴¹¹, pour dédramatiser ou désacraliser le débat. Cela permet d'invisibiliser la destruction des formes de vie qui sont nécessaires au prélèvement des cellules souches¹⁴¹² et d'écarter la problématique de la réification : si les cellules souches ne sont pas rattachées à la catégorie des embryons, elles ne peuvent être réifiées¹⁴¹³. En procédant de la sorte, les parlementaires peuvent ainsi continuer à affirmer protéger l'embryon tout en autorisant la recherche sur les cellules souches.

466. Si la protection accordée en Allemagne est incontestablement plus importante, il serait toutefois inexact de la considérer comme absolue puisqu'elle ne s'applique pas aux cellules souches importées de l'étranger, c'est-à-dire aux cellules prélevées dans un autre pays que l'Allemagne. Le

¹⁴⁰⁶ AN, séance 1 du 16 janvier 2002, Jean Claude Guibal, p. 557.

¹⁴⁰⁷ Le décret du 23 février 2000 permet l'importation, à des fins de recherche scientifique ou thérapeutique, d'organes, tissus ou cellules issus du corps humain, après autorisation des ministres compétents. Il a pu alors servir de fondement à des décisions ministérielles autorisant l'importation de cellules souches embryonnaires. Le juge administratif est saisi d'un recours en annulation d'une décision d'importation de cellules souches pluripotentes humaines d'origine embryonnaire, TA Paris, 21 janvier 2003, n° 0207626-6. Voir sur ce point, HENNETTE-VAUCHEZ S., « Les cellules souches ne sont pas des embryons », *AJDA*, 2003, p. 1563.

¹⁴⁰⁸ GUEDJ A., « Le régime de l'importation des cellules souches » *RFDA*, 2003, p. 763 ; CAA Paris, 3^{ème} chambre, formation B, 9 mai 2005, n° 03PA0095 : « *L'importation de cellules souches pluripotentes humaines d'origine embryonnaire, en vue de procéder à des recherches sur ces cellules d'embryon, ne méconnaît aucun principe de valeur constitutionnelle selon lequel serait applicable aux embryons humains le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie* ».

¹⁴⁰⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Words count : how interest in stem cells has made the embryo available - a look at the French law of bioethics », *op. cit.* : « *New words, new options* ».

¹⁴¹⁰ FAGNIEZ P.L., *Rapport sur les cellules souches et choix éthiques*, 2006, p. 44.

¹⁴¹¹ Voir, en ce sens, l'audition du 11 juin 2006 de Didier Houssin, Directeur général de la Direction générale de la Santé citée par FAGNIEZ P.L., *Rapport sur les cellules souches et choix éthiques*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴¹² Il est intéressant de souligner que cette conséquence (la destruction de l'embryon) n'est en effet que très peu évoquée dans les débats parlementaires de 2002.

¹⁴¹³ Cette technique discursive « d'exclusion » de certains stades de développement des catégories protégées par le droit s'observait déjà, comme nous l'avions mentionné avec l'utilisation de catégories telles que celles de « zygotes » ou de « pré-embryons ». On la constate également à l'œuvre en ce qui concerne le clonage thérapeutique : HENNETTE-VAUCHEZ S., « Words count : how interest in stem cells has made the embryo available - a look at the French law of bioethics », *op. cit.*

législateur allemand procède donc lui aussi à des catégorisations entre les différentes formes de vie dans le domaine de la recherche médicale.

2. La libéralisation croissante de l'importation de cellules souches en Allemagne

467. Même si en Allemagne, les recherches sur les cellules souches embryonnaires ne sont pas autorisées, à partir de 2002, l'Allemagne autorise et libéralise progressivement le régime juridique de l'importation de cellules souches. Ainsi, malgré l'utilisation d'une rhétorique fortement ontologisante visant à insister sur l'importance de protéger la vie de manière continue dès la conception (a), le droit allemand admet des exceptions qui mettent une fois de plus en lumière les catégorisations auxquelles il procède (b).

a. Le principe : la protection des cellules souches au nom du principe juridique de dignité

468. Même lorsqu'il est question d'autoriser l'importation de cellules souches étrangères, le législateur allemand continue d'affirmer protéger la vie nue. Ainsi, la loi de 2002 qui autorise cette importation est « *relatives à la garantie de la protection de l'embryon dans le cadre de l'importation et de l'utilisation de cellules souches embryonnaires humaines* »¹⁴¹⁴. Sa finalité est d'assurer la protection effective de ces cellules¹⁴¹⁵ : l'article premier de la loi insiste sur le fait qu'il y a vie humaine dès la forme cellulaire la plus élémentaire et que la dignité humaine est contenue dans le noyau de chaque cellule humaine¹⁴¹⁶.

469. Lors des débats parlementaires et dans les motifs du projet de la loi, la rhétorique axiologique est centrale, les références aux droits fondamentaux nombreuses : on peut lire qu'« *avec ces limites à l'importation, le législateur veut accorder de l'importance aux valeurs de la Constitution au bénéfice de la dignité humaine et de la vie, comme la loi sur la protection de l'embryon* »¹⁴¹⁷ et que « *les conditions de l'importation et de l'utilisation des cellules souches embryonnaires sont établis à l'aune des valeurs fondamentales de la Constitution* »¹⁴¹⁸. Le Conseil national allemand d'éthique, dans sa décision sur l'importation des cellules souches, déclare, quant à lui que, « *la protection de la dignité humaine et de la vie s'applique*

¹⁴¹⁴ Gesetzes zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (StZG) - loi sur la garantie de la protection de l'embryon dans le cadre de l'importation et l'utilisation des cellules souches humaines, 28 juin 2002.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

¹⁴¹⁶ §1 de la loi sur la garantie de l'embryon dans le cadre de l'importation et l'utilisation des cellules souches humaines : Le but de la loi est de protéger les cellules souches au regard de « *l'obligation étatique de protection du respect de la dignité humaine et de la vie, et de la sauvegarde de la liberté de recherche* ».

¹⁴¹⁷ Voir le projet de loi sur la loi relative à l'importation des cellules souches : Entwurf eines Gesetzes zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, Drucksache 14/8394, p. 7.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, Drucksache 14/8394, p. 8.

directement aux cellules souches embryonnaires humaines dont il faut réglementer l'importation et l'utilisation ; non pas que ces cellules soient détentrices de droits fondamentaux, mais c'est le cas des embryons qui doivent être détruits pour que ces cellules soient prélevées»¹⁴¹⁹. Le législateur précise, par ailleurs, que « *la protection de la vie humaine dès son stade le plus précoce est un principe qui n'est pas disponible* »¹⁴²⁰. La référence à l'indisponibilité renforce ici le caractère ontologique de la vie : la vie n'est pas seulement indisponible à la volonté de l'individu, elle l'est également au pouvoir étatique car elle est par nature, *supérieure*, transcendante, ontologique, insaisissable.

470. Cependant, tout en restant dans une rhétorique des droits fondamentaux, la question du droit à la liberté de la science n'est pas absente des discussions. Ainsi, les défenseurs de l'importation estime qu'il « *s'agit d'une loi qui, d'un côté ne veut pas s'opposer aux valeurs juridiques et éthiques de la loi sur l'embryon qui accorde une grande protection à celui-ci [...], et qui, de l'autre ne veut pas non plus porter atteinte au droit à la liberté de science et de la recherche qui sauvegarde l'intérêt des personnes malades à l'amélioration de leur chance de se soigner* »¹⁴²¹. La montée en puissance des intérêts scientifiques explique la libéralisation du régime et l'amointrissement de la protection accordée à la seule vie biologique, en l'espèce à l'embryon *in vitro* qui ne fait pas l'objet d'un projet parental.

b. Une exception : l'importation de cellules souches depuis l'étranger

471. Malgré cette rhétorique axiologique, la loi allemande de 2002 autorise l'importation de cellules souches afin que les chercheurs allemands puissent procéder à des expérimentations sur cette dernière.

472. En principe, la recherche sur les cellules souches n'est pas autorisée en Allemagne puisque la loi relative à la protection de l'embryon de 1990 interdit d'utiliser des embryons à d'autres fins que la poursuite exclusive de la grossesse. Or, dans la mesure où le prélèvement de cellules souches entraîne la destruction de l'embryon, cette recherche est interdite¹⁴²². Dans la mesure où les cellules souches ne peuvent donc, ni être créées, ni être prélevées en Allemagne, la seule solution est alors de les importer¹⁴²³. Une loi de 2002 prévoit, en ce sens, un principe d'importation exceptionnelle

¹⁴¹⁹ Nationaler Ethikrat, *Zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes*, Stellungnahme, p. 1.

¹⁴²⁰ Communiqué de presse : Presse Mitteilung, Bundesministerium für Bildung und Forschung, 10 novembre 2005.

¹⁴²¹ Voir le projet de loi sur la loi relative à l'importation des cellules souches : Entwurf eines Gesetzes zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, Drucksache 14/8394, p. 8.

¹⁴²² Deutsche Forschungsgemeinschaft, *Stammzellforschung in Deutschland, Möglichkeiten und Perspektiven. Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft, op. cit.*, p. 12. Voir aussi, le projet de loi sur la loi relative à l'importation des cellules souches : Entwurf eines Gesetzes zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, Drucksache 14/8394, p. 2. Contra : NEIDERT R., « Das überschätzte Embryonenschutzgesetz - was es verbietet und nicht verbietet », ZRP, 2002, Heft 11, p. 467.

¹⁴²³ Nationaler Ethikrat, *Zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes*, Stellungnahme, 2007.

des cellules souches¹⁴²⁴ afin de concilier la liberté de la recherche et ses potentiels apports scientifiques avec la protection de l'embryon. L'article 1 de la loi de 2002 dispose, en ce sens, que

« le but de cette loi est, au regard de l'obligation étatique de protection et de respect de la dignité humaine et de la vie humaine ainsi que de sauvegarde de la liberté de la recherche, d'interdire par principe l'importation et l'utilisation des cellules souches embryonnaires, d'éviter que le prélèvement de cellules souches embryonnaires ou la création d'embryons à ces fins soient incitées en Allemagne, que les conditions d'importation et d'utilisation à des fins exceptionnelles dans un but scientifique soient déterminées ».

473. L'encadrement des dérogations est restrictif¹⁴²⁵ et la notion de cellules souches totipotentes est déterminée de manière précise : « Chaque cellule humaine totipotente, qui détient la capacité de se diviser et de devenir un individu est déjà un embryon »¹⁴²⁶. Ainsi toute cellule totipotente est embryon¹⁴²⁷. De plus, cette loi interdit que soient importées les cellules ayant été prélevées après le 1^{er} janvier 2002 afin d'éviter que ne soient créés ou détruits des embryons à l'étranger dans le but de fournir ces cellules à l'Allemagne. Cette limite freine cependant la compétitivité internationale des chercheurs allemands et leur participation à des projets internationaux¹⁴²⁸. Ils craignent en effet que leur participation les

¹⁴²⁴ §1 de la loi sur la garantie de l'embryon dans le cadre de l'importation et l'utilisation des cellules souches humaines : « La loi entend premièrement interdire en principe l'importation et l'utilisation de cellules souches embryonnaires, deuxièmement éviter que l'obtention de cellules souches embryonnaires ou la création d'embryons (aux fins de prélèvement de cellules souches embryonnaires) à l'étranger ne soient diligentées par l'Allemagne et troisièmement de prévoir les conditions sous lesquelles l'importation et l'utilisation de cellules souches embryonnaires peuvent être exceptionnellement autorisées aux fins de la recherche scientifique ».

¹⁴²⁵ Premièrement, une demande doit être formulée auprès de la commission centrale d'éthique (Sur ce point, Verordnung über die zentrale ethik Kommission für Stammzellenforschung und über die zuständige Behörde nach den Stammzellgesetz) qui rédigera une expertise avant l'autorisation définitive délivrée par l'institut privé Robert Koch (§6 à §9 StammZG). Deuxièmement, cela ne peut concerner que l'importation de cellules prélevées ou créées avant le 1er janvier 2002 (afin d'être certains qu'aucune cellule ne pourra être prélevée à la demande des chercheurs allemands) provenant d'embryons surnuméraires qui ne se sont pas fait exclure du processus AMP en raison de caractéristiques propres (telle une maladie génétique) (§4.1). Troisièmement, il est nécessaire que les personnes compétentes pour cela (en fonction du droit national en vigueur dans le pays d'origine) aient consenti de manière libre et éclairée après l'obtention d'une information suffisante (§4.2). Quatrièmement, aucun paiement ou autre avantage en nature ne peut être une contrepartie à l'abandon de l'embryon (§4.3). Cinquièmement, l'importation ou l'utilisation des cellules ne doit pas porter atteinte à des dispositions légales, notamment celles de la loi relative à la protection de l'embryon (§4.4). Sixièmement, le projet de recherche doit lui-même remplir certaines exigences formelles (§6) et substantielles : ainsi, la recherche doit servir des objectifs scientifiques de tout premier rang qui permettront une amélioration des connaissances scientifiques dans le domaine de la recherche fondamentale ou permettront un élargissement des connaissances médicales dans le développement des procédures de diagnostics, dans le champ thérapeutique ou préventif (§5). Septièmement, le projet ne peut être autorisé que si - à l'aune de l'avancée actuelle des sciences et de la technique - les recherches ont déjà été pratiquées autant que possible avec des cellules animales ou sur des animaux ; et que l'expérimentation sur des cellules embryonnaires humaines laisse espérer des résultats supérieurs.

¹⁴²⁶ §3 de la loi sur la garantie de l'embryon dans le cadre de l'importation et l'utilisation des cellules souches humaines. Elle définit également les autres termes : 1. Les cellules souches sont toutes les cellules humaines qui détiennent la capacité à se multiplier par une division autonome et qui peuvent devenir (de la même manière que les cellules divisées), dans certaines conditions, des cellules spécialisées sans pour autant pouvoir se développer en un individu (cellules pluripotentes) ; 2. Les cellules souches embryonnaires sont tous les embryons qui sont engendrés extracorporellement et qui ne servent pas la poursuite d'une grossesse ou qui ont été prélevés dans l'utérus d'une femme avant la nidation (cellules pluripotentes acquises) ; 3. Les lignes de cellules souches embryonnaires sont toutes les cellules souches embryonnaires qui ont été maintenues en culture ou cryoconservées.

¹⁴²⁷ BREWE M., *Embryonenschutz und Stammzellgesetz, rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen*, Berlin, Springer, 2006, p. 134.

¹⁴²⁸ Deutsche Forschungsgemeinschaft Stammzellforschung in Deutschland, *Möglichkeit und Perspektiven. Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft, op. cit.*, p. 53. Voir aussi le projet de loi sur la modification de la loi sur l'importation des cellules souches : Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Stammzellgesetzes, 6 février 2008, Drucksache 16/7981. Voir aussi, KHOSRAVI S., *Die Strafbarkeit nach dem Embryonenschutzgesetz und Stammzellgesetz*, Hambourg, Kovac, 2017, p. 165.

place dans une situation juridique incertaine¹⁴²⁹. En 2008, après de vifs débats¹⁴³⁰, législateur accepte par conséquent, de modifier la date à partir de laquelle le prélèvement des cellules souches doit avoir eu lieu pour qu'elles puissent être importées. Elle est désormais fixée au 1^{er} mai 2007 et la loi précise que les sanctions pénales ne s'appliquent que pour les recherches pratiquées en Allemagne.

474. Par ces lois, l'ordre juridique allemand fait de nouveau une entorse à la protection uniforme et totale de la vie - *zoe* ainsi qu'au principe de dignité¹⁴³¹. En effet l'article 1 de la LF ne connaît en principe aucune exception. Si la conception de la vie est ontologique et qu'elle doit *vraiment* être protégée par le principe de dignité dès l'apparition de la première cellule humaine, rien ne justifie d'autoriser une telle importation¹⁴³². En théorie, soit le système juridique considère que les cellules embryonnaires ne sont pas des embryons, rendant possible leur utilisation à des fins scientifiques ; soit, au contraire, que le principe de dignité commande de protéger l'embryon, rendant impossible le prélèvement de cellules embryonnaires. En pratique, les impératifs de compétitivité internationale expliquent toutefois l'assouplissement de la législation, prouvant que la limitation de la protection accordée à l'embryon *in vitro*, c'est-à-dire à la vie *nue* dépend une fois de plus d'un choix contextuel du législateur.

¹⁴²⁹ Voir notamment Deutsche Forschungsgemeinschaft Stammzellforschung in Deutschland, *Möglichkeit und Perspektiven, Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft*, *op. cit.* ; PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative de l'assistance médicale à la procréation : France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁴³⁰ Nationaler Ethikrat, *Zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes*, *Stellungnahme*, *op. cit.*

¹⁴³¹ HEUN W., « Embryonenforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos », *op. cit.*, p. 517.

¹⁴³² Sur ce point, AN, Séance 3, 17 janvier 2003, Yves Bur, p. 106 « *Quoi qu'il en soit, je préfère cette solution à l'hypocrisie qui consisterait à importer des cellules souches prélevées sur des embryons surnuméraires à l'étranger - à cet égard, je ne puis qu'être opposé à la coopération envisagée avec l'Allemagne, laquelle n'autorise pas encore la recherche sur les embryons surnuméraires : ce serait un moyen de contourner l'interdiction, ou plutôt l'absence de législation à ce sujet, dans ce pays. Cette solution est préférable aussi à l'hypocrisie d'une autorisation de mise sur le marché, inévitable dès lorsqu'une thérapie cellulaire aurait été mise au point à l'étranger à partir de cellules souches embryonnaires car bien évidemment, nos malades demanderaient, à juste titre, alors à pouvoir en bénéficier* ».

Conclusion du chapitre 2

475. Les ordres juridiques posent ainsi un principe de protection de la vie dont la portée est plus complexe qu'elle n'y paraît. L'analyse du droit positif remet en effet en cause l'affirmation selon laquelle le droit protège la vie, de manière linéaire, égale et uniforme de son commencement à sa fin. En effet, les ordres juridiques français et allemand procèdent à des *catégorisations* entre les différentes formes de vie. Il est toutefois certain que le droit allemand, en raison de son contexte historique, cherche à accorder à *zoe* une protection bien plus marquée qu'en France, tant dans la manière dont il consacre les *principes* de protection que dans les *règles* qu'il édicte. Cela étant, même si l'axiologisation du droit à la vie est plus manifeste en Allemagne qu'en France, l'ordre juridique procède malgré tout à des *hiérarchisations* entre différentes formes de vie. L'État, en France comme en Allemagne, fixe des *seuils* qui lui permettent, au regard des intérêts en jeu et des finalités poursuivies par la norme¹⁴³³, d'établir différentes catégories et différents statuts juridiques à la vie humaine. Cela confirme donc l'hypothèse biopolitique de départ selon laquelle la vie est un *objet* sur lequel s'exerce le pouvoir politique largement autant - sinon bien plus - qu'une valeur immuable dont le respect s'imposerait *per se* à l'État. En effet, ce dernier conditionne la protection qu'il lui accorde. Malgré un discours juridique qui tend à *invisibiliser* cette catégorisation, l'analyse du droit positif relève ainsi la mise en œuvre en France comme en Allemagne, d'un *biopouvoir* qui catégorise et hiérarchise entre différentes formes de vie, à tel point qu'on peut affirmer que ce n'est pas la protection de *la vie en tant que telle* - de *zoe* - qui tend à être protégée par les ordres juridiques français et allemand : la protection de la vie apparaît parcellaire et discontinue.

1433 BELLIVIER F., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », LPA, 18 février 2005, n° 35, p. 10.

Conclusion du titre 1

476. La transformation des modalités d'exercice du pouvoir sur la vie a eu pour conséquence l'appréhension de la *vie* comme une *valeur* dont le respect de la supériorité s'exprime tantôt en termes strictement normatifs tantôt, également, en termes axiologiques et *s'impose*, en principe aux ordres juridiques. Cependant, ces derniers n'appréhendent pas la *vie* comme un processus qui devrait être protégé de manière continue et linéaire de la conception à la mort. La vie ne reçoit une protection juridique que dans certaines configurations. La protection de la vie ne s'impose pas aux ordres juridiques mais est l'expression d'un choix qui tend parfois à accorder à la vie nue une certaine forme de reconnaissance juridique et qui l'exclut indéniablement dans d'autres cas. L'existence de tels *choix* indique que la vie reste encore, au moins en partie, appréhendée comme un *objet* sur lequel peut s'exercer le pouvoir politique : elle n'est ainsi, ni seulement une *valeur* (dont la supériorité s'exprimerait en des termes axiologiques), ni seulement un droit individuel (dont la supériorité s'exprimerait en des termes strictement normatifs) mais également un *objet* qui peut être manipulé, au gré de différentes considérations politiques, par l'État *via* le droit. Les ordres juridiques peuvent en effet catégoriser, hiérarchiser, segmenter les différentes formes de vie.

477. Comment expliquer alors ce décalage entre le discours, fortement axiologique, porté sur la vie, particulièrement en Allemagne, et les discontinuités qui existent dans sa protection juridique effective ? Quelles sont les raisons profondes de ces discontinuités ? Une lecture possible tend à expliquer les lacunes juridiques à la protection de *zoe* par la montée en puissance d'une liberté procréative qui ferait tomber les questions reproductives sous le coup de la « *petite souveraineté* »¹⁴³⁴ de l'individu. Classiquement, les insuffisances juridiques de la protection de la vie anténatale sont lues comme le résultat de la conquête par les individus d'une liberté procréative. Il convient néanmoins d'en proposer une lecture légèrement décalée. S'il est incontestable que des avancées considérables permettent désormais aux individus de faire des choix procréatifs - qu'ils souhaitent recourir à des techniques médicales les aidant à procréer ou, au contraire, ne pas devenir parents -, l'exercice de cette liberté demeure, en dernier ressort, conditionné par l'exercice du biopouvoir. Il importe en effet de montrer désormais que là où la protection de la vie anténatale tend à s'affaiblir, le biopouvoir apparaît.

¹⁴³⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Politique et politisation du vivant », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique- Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, Paris, LGDJ, 2006, p. 41 : « Si on se demande si une telle pratique [la procréation] doit être autorisée, on se demande sous la coupe de quelle souveraineté elle doit être placée : "la petite souveraineté" de l'individu sur son corps ou la "grande souveraineté" de l'État dictant les frontières du licite et de l'illicite ».

TITRE 2. LA PROTECTION JURIDIQUE DISCONTINUE DE LA VIE : JUSTIFICATIONS

478. Il est désormais établi que la protection juridique de la vie n'est pas linéaire¹⁴³⁵.

479. Comment expliquer le caractère discontinu de cette protection ? Il est classique d'expliquer ces discontinuités par la montée en puissance d'un paradigme autonomiste au cœur du droit des libertés fondamentales, qui aurait notamment mené à la consécration des libertés procréatives. Mais trouve-t-on réellement, dans les espaces où *zoe* n'est pas protégé, un individu souverain dont l'exercice de l'autonomie procréative serait de nature à justifier que des atteintes soient portées à la vie anténatale ? Il est vrai que depuis les années 1960, les États français et allemand accordent effectivement aux individus la possibilité de faire des choix procréatifs, qu'ils soient négatifs, *via* le recours à la contraception et à l'avortement, ou positifs, *via* le recours à l'AMP. De tels choix sont indubitablement susceptibles de porter atteinte à la vie : les contraceptifs/contragestifs peuvent détruire la vie *nue* avant la nidation, l'avortement permet que soit mis fin à la vie de moins de 12 semaines et le droit de l'AMP permet, dans certains cas, la destruction des embryons surnuméraires qui ne seront jamais implantés. Par conséquent, la consécration d'une liberté procréative, tant dans son pendant positif que négatif, semble effectivement l'emporter sur la protection juridique de la vie humaine anténatale. Cependant, ces choix procréatifs ne s'exercent que dans un cadre si précisément contraint par des règles juridiques que la clé de lecture commune justifiant les atteintes à *zoe* par l'idée de *liberté* apparaît limitée. Il est donc intéressant de chercher à penser à nouveau frais la protection juridique de la vie ainsi que les logiques profondes de la juridicisation des questions procréatives. On développera à cet égard ici l'hypothèse selon laquelle il existe d'autres logiques à la libéralisation du champ procréatif qui justifient au moins autant que le paradigme libéral les atteintes à la vie autorisées dans ce cadre. Parmi ces logiques alternatives, on s'attachera notamment à la protection de la santé publique et à la *médicalisation* du champ procréatif. On suggère ainsi que les atteintes à *zoe* autorisées dans le champ procréatif ne sauraient être uniquement lues comme résultant de la montée en puissance d'une autonomie procréative. Mais encore qu'elles peuvent également être considérées comme la conséquence d'une nouvelle organisation biopolitique des comportements procréatifs, que ce soit en matière de procréation négative (**chapitre 1**) ou positive (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Des atteintes à la vie justifiées par référence aux avancées d'une liberté procréative négative

Chapitre 2. Des atteintes à la vie justifiées par référence aux avancées d'une liberté procréative positive

¹⁴³⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

480. Dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle, les ordres juridiques français et allemand concèdent aux individus sexuellement actifs la possibilité de ne *pas* devenir parents, en aménageant l'accès à la contraception (autrefois entravé par la pénalisation des discours anticonceptionnels)¹⁴³⁶ et en autorisant l'avortement (autrefois prohibé)¹⁴³⁷. Ces dépénalisations ont cependant pour corollaire l'autorisation d'atteintes à la vie anténatale. Dans la mesure où leur libéralisation est articulée autour d'une rhétorique libérale, voire « autonomiste », il serait possible de croire que c'est la montée en puissance de l'autonomie procréative qui constituerait la logique profonde de la libéralisation de la contraception et de l'avortement et légitimerait les atteintes à la vie anténatales qu'elles permettent (**section 1**). Cela étant, que ce soit en matière de contraception ou d'avortement, il importe de voir que ce ne sont pas l'individu souverain et son autonomie procréative qui se trouvent au centre décisionnel du régime juridique, mais le médecin. Il est alors possible de poser l'hypothèse selon laquelle ce sont au moins autant des raisons en lien avec la protection de la santé qu'avec la liberté individuelle qui justifient cette libéralisation, articulée autour d'une *médicalisation* des questions procréatives. Partant, ce n'est pas tant (ou pas seulement) l'autonomie procréative qui explique que de telles atteintes à *zoe* soient autorisées par le droit, qu'une nouvelle forme de gestion des comportements procréatifs, structurée autour de leur *surveillance* médicale (**section 2**).

Section 1. La liberté procréative, paradigme apparent de la protection discontinue de la vie

Section 2. La liberté procréative, logique seulement incidente de la protection discontinue de la vie

¹⁴³⁶ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁴³⁷ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

Section 1. La liberté procréative négative, paradigme apparent de la protection discontinuée de la vie

481. À première vue, les atteintes à la vie autorisées dans le cadre de la contraception ou de l'avortement pourraient s'expliquer par la montée en puissance, depuis les années 1960, d'une liberté procréative. Tant les justifications rhétoriques - doctrinales ou politiques - accompagnant cette libéralisation (**sous-section 1**) que le cadre juridique conceptuel des questions procréatives (**sous-section 2**) viennent soutenir une telle hypothèse.

Sous-section 1. Les justifications rhétoriques fondées sur la liberté individuelle

482. À l'appui de l'hypothèse selon laquelle c'est l'idée de liberté, voire d'autonomie, qui expliquerait l'autorisation des atteintes à la vie permises par les contraceptifs et l'IVG, il faut observer que le discours politique (**I**), à l'instar de certains discours doctrinaux (**II**), présente volontiers la contraception et l'avortement comme des *libertés individuelles*, voire des *droits subjectifs*.

I. La conquête de libertés procréatives négatives comme justification de certaines atteintes à la protection juridique de la vie.

483. Historiquement, nombreux sont les parlementaires à présenter la libéralisation de la contraception et de l'avortement, en France comme en Allemagne comme servant la liberté individuelle (**A**). Cette rhétorique est encore plus marquée, dans les deux pays, lors des réformes successives relatives à la libéralisation de ces deux techniques (**B**).

A. Les justifications politiques fondées sur la liberté individuelle (années 1960-1970)

484. En Allemagne, le législateur intervient surtout pour libéraliser le régime des inhibiteurs de nidations (des contraceptifs) dans les années 1970 ; la légalité des autres contraceptifs étant réputés ne poser aucun problème juridique particulier¹⁴³⁸. Le législateur justifie cette réforme par la nécessité d'accorder aux couples la possibilité d'une planification familiale. Il fait valoir « *qu'il ne peut pas ne pas prendre en compte le fait que les DIU sont considérés dans le monde entier comme des moyens de planification familiale* »¹⁴³⁹, ajoutant ensuite que la dépénalisation des DIU « *contribue fortement à la*

¹⁴³⁸ Sa mise sur le marché suffit à sa réglementation. Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁴³⁹ Voir les motifs du projet de loi de la cinquième loi portant réforme du droit pénal : Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts, 15 mai 1972, Drucksache VI/3434, p. 15.

question de la planification familiale»¹⁴⁴⁰. Lors des débats parlementaires, les députés perçoivent la « planification familiale comme un moyen efficace de lutter contre les avortements »¹⁴⁴¹ et insistent sur l'importance de l'éducation à la sexualité pour assurer sa concrétisation effective : « Je regrette fortement que l'opposition ne soutienne pas notre idée d'intégrer l'éducation sexuelle et la planification familiale dans l'offre éducative que nous voulons proposer aux parents et familles, car il s'agit justement d'un point particulièrement important »¹⁴⁴². D'autres déclarent qu'il « doit s'agir principalement de notre objectif de diffuser bien plus largement qu'aujourd'hui l'idée d'une planification familiale responsable »¹⁴⁴³. L'insistance sur la planification vient au soutien de l'idée selon laquelle les individus ont le droit de décider du moment auquel ils souhaitent procréer¹⁴⁴⁴, qu'ils ont le droit de faire des choix procréatifs, fût-ce au prix de la destruction de la vie avant la nidation¹⁴⁴⁵.

485. En France, la contraception est libéralisée en 1967¹⁴⁴⁶. Lors des débats parlementaires de l'époque, nombreux sont également les députés à défendre la légalisation de la contraception au nom de la liberté individuelle. Ainsi, Lucien NEUWIRTH, porteur du projet considère que la loi sur la régulation des naissances

*« offre à toutes celles qui le désirent la possibilité d'accéder à la maternité volontaire en utilisant des moyens, des objets ou des méthodes que le ministère des Affaires sociales aura estimé susceptibles d'être mis en vente »*¹⁴⁴⁷ car « la liberté de l'individu est tenue comme l'une des valeurs fondamentales d'une société moderne parvenue à un stade de civilisation jugé avancé. Il apparaît alors naturel, compte tenu des progrès des découvertes scientifiques dans les domaines de la biologie notamment, de lui procurer une première liberté, celle de décider du moment où il donnera la vie et de l'importance de sa progéniture »¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 7. Dans le même sens, le premier rapport de la commission spéciale pour la réforme pénale : Erster Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtreform zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines 5.G zur Reform des Strafrechts, Drucksache 7/375, 24 avril 1975 p. 8.

¹⁴⁴¹ BT, 33^{ème} séance, Schlei, 17 mai 1973, p. 1824.

¹⁴⁴² *Ibid.*

¹⁴⁴³ BT, 33^{ème} séance, Fock 17 mai 1973, p. 1826 ; BT, 33^{ème} séance, Wex, 17 mai 1973, p. 1837.

¹⁴⁴⁴ OMS, Planification familiale/Contraception, Aide-mémoire n° 351, mai 2015.

¹⁴⁴⁵ Voir les motifs du projet de loi de la cinquième loi portant réforme du droit pénal - Entwurf eines fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts, Drucksache 7/3434, p. 15. Le projet de loi précise que l'objectif de cette précision est de « clarifier que l'utilisation des DIU, qui peuvent empêcher la fixation d'un œuf fécondé n'est pas limitée par le Code pénal ».

¹⁴⁴⁶ Sur la pénalisation qui précède cette libéralisation : cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁴⁴⁷ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth, p. 2558. Voir aussi, NEUWIRTH L., *Rapport sur la contraception d'urgence*, n° 49, 25 octobre 2000, p. 69. Dans le même sens, AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Georges Vinson, p. 2562.

¹⁴⁴⁸ NEUWIRTH L., *Rapport sur la contraception d'urgence, op. cit.*, p. 69.

486. D'autres députés considèrent qu'

*« il est légitime qu'un État démocratique laisse à ses citoyens la liberté de choisir le moment où naîtront leurs enfants, pour le bonheur de ceux-ci »*¹⁴⁴⁹ et la « liberté d'avoir [...] des enfants, de choisir le moment des naissances et de la dimension de la famille »¹⁴⁵⁰, que « nous devons nous efforcer d'aboutir à la libération de la femme ; nous n'avons pas assez mis l'accent sur ce fait. Il faut tenter d'affranchir la femme des servitudes injustes que la nature lui impose et reconnaître ouvertement que la grossesse est un asservissement quand elle n'est, ni voulue, ni désirée »¹⁴⁵¹.

487. De même, le projet est voté par les démocrates et socialistes qui « souscrivent à cette proposition de loi, qui doit apporter plus de liberté à la femme et au couple français dans la détermination du nombre des enfants »¹⁴⁵².

488. En ce qui concerne l'avortement, les justifications rhétoriques sont très similaires. Ainsi, en France, certains députés déclarent lors des débats des années 1970, que

*« la seule réponse réside dans la reconnaissance de la liberté des couples et des femmes de maîtriser leur fécondité et de décider du nombre de leurs enfants et du moment des naissances, ou même de décider de ne pas avoir d'enfants [...] il faut que soient assurées, dans la vie, les conditions du libre choix de la maternité »*¹⁴⁵³ car « liberté, humanité, dignité, doivent être les mots clefs de notre réflexion. Liberté ! Liberté de choisir le moment, les conditions de donner la vie, liberté pour la femme, essentiellement, mais aussi pour le couple, pour les Françaises et les Français »¹⁴⁵⁴.

489. D'autres affirment vouloir « une loi qui laisse à la femme sa liberté de choix ; et nous voulons que cette liberté soit totale, sans autre restriction que celle que peut lui imposer sa propre conscience. C'est là, à nos yeux, un point fondamental sur lequel nous ne saurions transiger ».¹⁴⁵⁵ Certains parlementaires se fondent même sur le principe de libre disposition de son corps pour défendre la libéralisation de l'avortement : « L'affirmation de ce droit fondamental pour chacun, homme ou femme, de disposer de son corps, est à la base de notre réflexion sur la contraception et l'avortement »¹⁴⁵⁶ car « la maîtrise par la femme et le couple de la fécondité, en faveur de l'épanouissement de la sexualité et en faveur du droit pour les femmes à disposer de leur corps, est une

¹⁴⁴⁹ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thome-Patenôtre, p. 2559.

¹⁴⁵⁰ AN, 28 juin 1974, Jacqueline Chanavel, p. 3173.

¹⁴⁵¹ AN séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Georges Vinson p. 2562.

¹⁴⁵² AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Daniel Benoist : p. 2564. Dans le même sens, AN, 1^{er} juillet 1967, Georges Millet, p. 2573 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Albertine Baclet, p. 2569 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Daniel Benoist, p. 2564 ; AN, séance 1 du 14 décembre 1967, Jeannette Prin, p. 5888 ; Sénat, 5 décembre 1967, Roger Menu, p. 2026 ; Sénat, 5 décembre 1967, Leon Messaud, p. 2027 ; Sénat, 5 décembre 1967, Hector Viron, p. 2030 ; Sénat, 5 décembre 1967, Jean Gravier, p. 2039.

¹⁴⁵³ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, séance 1, Jacques Chambaz, p. 7008.

¹⁴⁵⁴ AN, séance 1 du 27 novembre 1974 Claude Peyret, p. 7089. Voir également AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Hélène Missoffé, p. 7003 ; AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Jacques Antoine Gau, p. 7005 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Roger Chinaud, p. 7019 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Gisèle Moreau, p. 7027 ; AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Yves le Foll, p. 7085 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Raymond Forni, p. 7090 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Jacqueline Thôme-Patenôtre, p. 7118 ; Sénat, 13 décembre 1974, André Aubry, p. 2869 ; Sénat, 13 décembre 1974, Catherine Lagatu, p. 2878.

¹⁴⁵⁵ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Jacques Antoine Gau, p. 7006.

¹⁴⁵⁶ AN, séance 1 du 28 novembre 1979, Gérard Bapt, p. 10798.

position de principe»¹⁴⁵⁷. Ainsi, chez les libéraux, un consensus se dessine autour de l'idée selon laquelle la loi « devrait assurer réellement la liberté de choix pour la femme et pour le couple [car] [...] le véritable respect réside donc dans la reconnaissance de la liberté des couples et des femmes, à maîtriser leur fécondité et à décider du nombre d'enfants qu'ils veulent et du moment des naissances. Tout cela implique le libre choix de la maternité »¹⁴⁵⁸.

490. En Allemagne, dans les débats des années 1970¹⁴⁵⁹ et principalement dans ceux des années 1990¹⁴⁶⁰, le respect de la liberté individuelle de la femme apparaît également comme une justification rhétorique à la légalisation de l'avortement. Les défenseurs de la légalisation déclarent ainsi que « la libre décision de la personne concernée sera protégée par le modèle du délai »¹⁴⁶¹ ou encore que « la mise sous-tutelle de la femme n'arrêtera que lorsqu'avortement sera dépénalisé »¹⁴⁶². Les partis de gauche se fondent sur le droit à l'autodétermination, à l'autonomie et à la libre disposition de son corps pour défendre la libéralisation du régime juridique applicable à l'avortement. Ils considèrent que « la maternité choisie est un des droits des femmes les plus élémentaires »¹⁴⁶³, qu'il faut « leur reconnaître le droit de décider de leur vie »¹⁴⁶⁴ ou encore que « c'est juste et utile de lutter pour le droit des femmes à l'autodétermination et à la libre disposition de leur grossesse et de leur décision »¹⁴⁶⁵.

491. Ainsi, dans les deux pays, l'argument selon lequel les individus doivent désormais disposer de choix procréatifs (négatifs) explique *prima facie* la libéralisation du régime et justifie les atteintes à la vie autorisées dans ce cadre. Un tel argumentaire se renforce au fil des réformes successives visant à libéraliser le régime juridique de la contraception et de l'avortement, particulièrement en France.

¹⁴⁵⁷ AN, séance 2 du 29 novembre 1979, Roland Leroy, p. 10953. Dans le même sens, Sénat, 14 décembre 1979, Hélène Luc, p. 5447 ; Sénat, 15 décembre 1979, Jean Béranger, p. 5537 ; Sénat, 15 décembre 1979, Cécile Goldet, p. 5543. En outre, dans le débat public, les courants féministes fondent leurs revendications sur des slogans tels que « mon corps m'appartient » ou « un enfant si je veux quand je veux ».

¹⁴⁵⁸ Sénat, 13 décembre 1974, Marie Thérèse Goutmann, p. 2888.

¹⁴⁵⁹ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Frau Schuchardt. Voir aussi, Bericht der Kommission zur Auswertung der Erfahrungen mit dem reformierten §218 des Strafgesetzbuches, 1980, p. 172.

¹⁴⁶⁰ Voir également, BT, 44^{ème} séance, 26 septembre 1991, Dr. Gregor Gysl, p. 3688 : « Droit à l'autodétermination de la femme ».

¹⁴⁶¹ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Frau Schuchardt.

¹⁴⁶² Bericht der Kommission zur Auswertung der Erfahrungen mit dem reformierten §218 des Strafgesetzbuches, p. 172.

¹⁴⁶³ BT, 99^{ème} séance, 25 juin 1992, Günter Rixe (SPD).

¹⁴⁶⁴ BT, 44^{ème} séance, 26 septembre 1991, Petra Bläss, p. 3635.

¹⁴⁶⁵ BT, 44^{ème} séance, 26 septembre 1991, Barbara Höll, p. 3649 ; BT, 44^{ème} séance, 26 septembre 1991, Ursula Fischer, p. 3714 : « L'aider à réaliser sa décision autonome à propos de sa grossesse ».

B. Les justifications politiques fondées sur la liberté individuelle (21^{ème} siècle)

492. La rhétorique du 21^{ème} siècle relative à la contraception, insiste fortement sur l'importance de pouvoir faire des choix procréatifs autonomes¹⁴⁶⁶. Par exemple, la réforme de 2000, qui libéralise l'accès à la contraception d'urgence¹⁴⁶⁷, est portée par une rhétorique particulièrement libérale qui s'inscrit dans une logique d'égalité des sexes. On peut lire lors des débats parlementaires que « *si cette proposition répond à une urgence et à un contexte particulier, permettez-moi de dire quelques mots sur la façon dont elle s'inscrit dans la politique que nous menons, au sein du Gouvernement, pour améliorer les droits des femmes* »¹⁴⁶⁸. D'autres députés déclarent que « *la liberté de la femme doit être entière* »¹⁴⁶⁹, qu'il s'agit d'une « *nouvelle liberté accordée aux jeunes femmes et aux femmes de ce pays* »¹⁴⁷⁰ ou encore que « *la contraception d'urgence est un combat que nous menons à vos côtés, mesdames les ministres, tout comme celui que nous mènerons avec vous pour permettre aux femmes de disposer réellement de leur corps mais aussi de leur liberté* »¹⁴⁷¹. L'accès à la contraception d'urgence est, par ailleurs, présenté comme un *droit* par les parlementaires, qui se réfèrent au « *droit à disposer de son corps* »¹⁴⁷² ou à « *maîtriser sa fécondité* »¹⁴⁷³.

493. De la même manière en Allemagne, lors des discussions relatives à la vente libre de la contraception d'urgence en 2014, les défenseurs de la libéralisation s'appuient sur une rhétorique libérale pour plaider en faveur de la délivrance de la pilule du lendemain sans ordonnance : « *La vente libre de la pilule du lendemain constitue pour beaucoup d'institutions un instrument important de l'autonomie sexuelle et reproductive des femmes* »¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁶ En ce sens, il est également possible de citer les campagnes de prévention organisées par le gouvernement qui se fondent, depuis 2007, sur l'importance du *choix* en matière de contraception. 2007-2009 : « La meilleure contraception, c'est celle que l'on choisit » ; 2009 : « Faut-il que les hommes tombent enceintes pour que la contraception nous concerne tous » ; 2012 : « Choisir sa contraception » ; 2013 : « La contraception qui nous convient existe » ; 2014 : « À chacun sa contraception ».

¹⁴⁶⁷ Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence.

¹⁴⁶⁸ AN, 5 octobre 2000, Martine Aubry, p. 6504.

¹⁴⁶⁹ AN, 5 octobre 2000, Marie François Clergeau, p. 6504.

¹⁴⁷⁰ AN, 5 octobre 2000, Hervé Morin, p. 6524.

¹⁴⁷¹ AN, 5 octobre 2000, Françoise Imbert, p. 6525. Dans le même sens, AN, 5 octobre 2000, Muguette Jacquaint, p. 6513 ; AN, 5 octobre 2000, Chantal Robin-Rodrigo, p. 6515 ; AN, 5 octobre 2000, Conchita Lacuey, p. 6522 ; AN, 5 octobre 2000, Nicole Bricq, p. 6526 : « *Reconnaitra, une fois encore, la liberté, la responsabilité et la dignité des femmes* ».

¹⁴⁷² AN, 5 octobre 2000, Conchita Lacuey, p. 6522 ; AN, 5 octobre 2000, Hervé Morin, p. 6525.

¹⁴⁷³ AN, 5 octobre 2000, Yvette Roudy, p. 6526 ; AN, 5 octobre 2000, Martine Lignières-Cassou, p. 6528 ; AN, 5 octobre 2000, Chantal Robin-Rodrigo, p. 6516 ; AN, 5 octobre 2000, Marie Thérèse Boisseau, p. 6520. Voir aussi, AN, 5 octobre 2000, Hélène Mignon, p. 6501 ; AN 5 octobre 2000, Muguette Jacquaint, p. 6513 ; AN 5 octobre 2000, Danielle Bousquet, p. 6513 ; AN 5 octobre 2000, Ségolène Royal, p. 6530 ; AN, 5 octobre 2000, Catherine Picard, p. 6532 ; AN, 5 octobre 2000, Dominique Gillot, p. 6529 ; Sénat, 30 octobre 2000, Odette Terrade.

¹⁴⁷⁴ Voir en ce sens les différents projets et propositions de loi visant à la libéralisation : Antrag - Rezeptfreiheit von Notfallkontrazeptiva - Pille danach gewährleisten, BT Drucksache 17/11039. Voir aussi, Profamilia - Deutscher Bundestag - Ausschuss für Gesundheit ; Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestags, 2 juillet 2014 ; Antrag Selbstbestimmung bei der Notfallverhütung stärken - Pille danach mit Wirkstoff Levonorgestrel schnell aus der Verschreibungspflicht entlassen, BT Drucksachen 18/492 ; Antrag - Bundestagsmehrheit nutzen - Pille danach jetzt aus der Rezeptpflicht entlassen, BT-Drucksache 18/1617 ; Entwurf eines Gesetzes zur Entlassung der Pille danach aus der Verschreibungspflicht und zur Ermöglichung der kostenlosen Abgabe an junge Frauen (Änderung

494. En ce qui concerne l'IVG, si le droit allemand ne connaît que peu d'évolutions depuis la loi de 1995 qui libéralise définitivement le régime¹⁴⁷⁵, en France, un certain nombre de réformes améliore son accès après 1975¹⁴⁷⁶. Ces réformes sont elles aussi portées par des revendications relatives aux droits des femmes. Le projet de loi de 2001 énonce que les modifications sont « *en outre indispensable pour permettre de garantir aux femmes leur droit à accéder à l'IVG* »¹⁴⁷⁷. En 2015, le ministère des Affaires sociales, de la Santé et des Femmes lance une campagne d'une grande envergure : « *IVG, mon corps, mon choix, mon droit - mon corps m'appartient* ». Le projet de loi d'octobre 2016 relatif à l'extension du délit d'entrave indique, par la suite, qu'« *aujourd'hui, l'IVG n'est plus un droit concédé, mais un droit à part entière* »¹⁴⁷⁸ et de nombreux rapports institutionnels inscrivent la question dans une problématique égalitaire¹⁴⁷⁹.

495. Ainsi, les réformes relatives à la contraception ou à l'avortement sont structurées autour d'une rhétorique libérale. Elles sont présentées comme fondées sur une autonomie procréative qui permettrait à chaque individu de décider s'il souhaite ou non avoir un enfant et éventuellement de porter, à ce titre, atteinte à la vie anténatale. L'idée selon laquelle la procréation serait désormais une question de choix est aussi accréditée, voire véhiculée, en France, par une partie du discours doctrinal.

II. La réception doctrinale d'un registre de justification fondé sur la liberté individuelle

496. Nombreux sont les auteurs à considérer - qu'ils l'approuvent ou le critiquent - que la consécration d'une forme de liberté procréative négative explique les atteintes autorisées à la vie dans le cadre de la contraception¹⁴⁸⁰ et de l'avortement.

497. Ainsi, est-il possible de lire que

*« L'adoption de la loi Veil en 1975 a marqué le début d'une évolution qui allait aboutir à délaisser le droit à la vie de l'enfant au profit de la liberté d'interrompre une grossesse qui a acquis la valeur d'un droit que le Conseil constitutionnel lui-même reconnaît [semblant] promulguer la liberté de la femme d'avorter au rang des exigences à valeur constitutionnelle en se fondant sur l'article 2 DDHC »*¹⁴⁸¹.

der Arzneimittelverschreibungsverordnung und des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung), Drucksache 18/3834.

¹⁴⁷⁵ Schwangeren und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) - Loi d'aide aux femmes enceintes et à la famille, 21 août 1995.

¹⁴⁷⁶ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁴⁷⁷ Projet de loi n° 2605 relatif à l'interruption de grossesse et à la contraception du 4 octobre 2000.

¹⁴⁷⁸ Proposition de loi n° 4118 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse du 12 octobre 2016.

¹⁴⁷⁹ Voir notamment BOUSQUET D., LAURANT F., *L'accès à l'IVG, volet 1, op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁸⁰ Par exemple, BINET J.R., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 153.

¹⁴⁸¹ MISTRETTA P., « Interruption volontaire de grossesse », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2009.

498. On trouve également à lire que le Conseil constitutionnel à consacrer la « liberté [d'avorter] érigée en valeur constitutionnelle d'attenter à la vie »¹⁴⁸², qu'« il y a une liberté, celle de la femme, dont il convient seulement de se demander si et dans quelle mesure cette liberté est limitée par le respect que les lois [...] garantissent à tout être humain dès le commencement de sa vie »¹⁴⁸³. D'autres auteurs déclarent qu'

« en France, toute personne humaine a le droit de procréer ou de refuser de procréer. Le droit de refuser la procréation naturelle peut s'exercer par la contraception [...] l'avortement. [Ces questions] mettent en conflit deux principes auxquels notre civilisation est profondément attachée : le droit à la vie et le droit de disposer de son corps [...]. La loi Veil représente un difficile compromis entre le droit à la vie et le droit de la femme de disposer de son corps [mais] le droit à la vie est le grand perdant de la loi Veil »¹⁴⁸⁴.

499. Ils considèrent ainsi que la liberté individuelle explique les atteintes à la vie que la pratique de l'avortement suppose. Dans le même sens, on peut également lire que

« depuis la loi [...] de 1967 [...] ont été mis en avant de façon systématique, un droit de procréer et un droit de ne pas procréer. Corrélé à la liberté de disposer de son corps et à la sanctuarisation de ce dernier, ce droit est lui-même rattaché au droit à l'intégrité physique [...]. Au-delà, il a finalement débouché sur la reconnaissance d'un véritable droit à l'avortement. Or le droit à l'avortement se trouve en conflit frontal avec le droit à la vie [...]. Ce droit à la vie reconnu à l'embryon, on prétend le concilier avec le droit à disposer de son corps reconnu à la mère mais les exceptions fixées par la loi le vide pratiquement de toute substance : en la matière, c'est le droit à disposer de son corps que l'on fait prévaloir sur le droit à la vie »¹⁴⁸⁵.

500. Un certain discours doctrinal présente donc la question de l'avortement comme une opposition entre la liberté individuelle de la femme enceinte et le droit à la vie : il considère que c'est liberté individuelle qui l'emporte sur la sauvegarde de la vie nue¹⁴⁸⁶.

501. Plus largement, même lorsqu'ils n'opposent pas le *droit de ne pas procréer* au *droit à la vie*, beaucoup d'auteurs structurent volontiers la question de la contraception et de l'IVG autour d'un paradigme libéral. Ils l'articulent autour de la rhétorique du choix, de la liberté ou des droits subjectifs. On peut ainsi lire que

« dans la mesure où ces moyens existent, une forme de droit subjectif se concrétise »¹⁴⁸⁷, que la contraception est un « choix essentiellement individuel »¹⁴⁸⁸ ou que « pour le droit, la dimension subjective de la volonté de l'acte réalisé en vue de ne pas avoir d'enfant vient au premier plan, qu'il s'agisse de refuser la maternité ou qu'il s'agisse de refuser une grossesse dangereuse ou un enfant handicapé »¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸² MÉMETEAU G., « Jurisprudence - avortement, à propos de CA Bordeaux, avril 2007 Gerhard X contre Ministère public et autres », *Gazette du palais*, n° 214, 2007, p. 11 ; VIGNEAU D., « Le droit libéral de l'avortement », *Revue générale de droit médical*, 6/2001, p. 207.

¹⁴⁸³ RUBELLIN-DEVICHI, « Le droit de l'interruption de grossesse », *LP4*, 1996, n° 69, p. 22.

¹⁴⁸⁴ LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 276.

¹⁴⁸⁵ ROUVILLOIS F., *Libertés fondamentales*, Paris, Flammarion, 2001, p. 222.

¹⁴⁸⁶ Voir notamment, TISSIER D., *La protection du corps humain*, Paris, Harmattan, 2013, p. 286 et suivantes.

¹⁴⁸⁷ BIOY X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 334.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

Plusieurs auteurs considèrent, dans le même sens, que « *la possibilité d'avortement est une application directe du droit des femmes de pouvoir librement disposer de leur corps* »¹⁴⁹⁰, que « *l'IVG se présente [...] comme une liberté, la liberté de la femme* »¹⁴⁹¹ ou que « *l'IVG est une modalité de la liberté inaliénable, discrétionnaire et strictement personnelle de la femme de décider ou non d'interrompre sa grossesse* »¹⁴⁹². Une partie de la doctrine estime ainsi, qu'aujourd'hui, l'IVG tend « *exclusivement* »¹⁴⁹³ à être présentée « *comme un droit ou une liberté* »¹⁴⁹⁴ qu'« *au total, il semble possible d'affirmer l'existence d'une liberté d'avortement* »¹⁴⁹⁵ ou que « *le droit français tend à considérer la possibilité pour une femme d'interrompre sa grossesse non désirée comme un droit* »¹⁴⁹⁶.

502. Certains auteurs distinguent entre l'existence d'un droit et d'une liberté de ne pas procréer¹⁴⁹⁷. Certains préfèrent le terme de liberté car ils considèrent que l'encadrement juridique de ces choix procréatifs ne correspond pas à la définition classique du droit subjectif¹⁴⁹⁸. D'autres préfèrent ce terme car ils refusent d'encourager l'idée même d'un *droit à l'avortement*¹⁴⁹⁹. Mais, qu'ils approuvent ou non l'affaiblissement de la protection de *zoe* au nom de la libéralisation de l'IVG, ces différents discours doctrinaux rattachent tous, à différents degrés, la question de la procréation négative à celle de la « *petite souveraineté individuelle* »¹⁵⁰⁰. En France, ce discours encourage

¹⁴⁹⁰ MISTRETTA P., « Interruption volontaire de grossesse », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2009 (actualisation 2017).

¹⁴⁹¹ ESCHYLLE J.F., « Le juge de l'assistance éducative et l'IVG des mineurs célibataires », *RDSS*, 1997, p. 639 ; HARDOUIN M., « Grossesse et liberté de la femme », *Droit social*, 1977, p. 287.

¹⁴⁹² SARGOS P., *Rapport sur l'affaire Perruche*, JCP 2000, II.

¹⁴⁹³ CLERCKX J., « L'embryon humain », *RDP*, n° 3, 2006, p. 737.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*

¹⁴⁹⁵ DUPRÉ DE BOULOIS X., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, p. 338.

¹⁴⁹⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales, op. cit.*, p. 570.

¹⁴⁹⁷ Sur cette question, LAFAGE P., « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *Gazette du Palais*, 16 février 2007, n° 47, p. 14.

¹⁴⁹⁸ Dans les nombreux discours doctrinaux existants sur la question de l'avortement, les termes employés pour qualifier juridiquement son accès sont variés : il s'agira, selon les auteurs et leurs positions, d'un droit à (VERPEAUX M., « L'échec d'une interruption volontaire de grossesse est-il de nature à ouvrir droit à indemnité ? », *Dalloz*, 1991, p. 80. Voir aussi, AUBIN C., JOURDAIN-MENNINGER D., *La prise en charge des interruptions volontaires de grossesse*, IGAS, octobre 2009, p. 39) d'un droit subjectif (AYNES L., « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *Dalloz*, 2001 p. 492. Voir également HENNION-JACQUET P., « D'un avortement... l'autre ? », *Dalloz*, 2007, p. 2648), d'un droit absolu (niant une telle qualification, EDELMAN B., « L'arrêt Perruche : une liberté pour la mort ? », *Dalloz*, 2002, p. 2349), d'un droit inaliénable, d'un droit fondamental (NISAND I., *L'IVG en France - Propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les Femmes*, février 2009, p. 1), d'un droit de l'homme ou d'un droit des femmes (PAVARD B., ROCHEFORT F., ZANCARINI-FOURNEL M., *Les événements fondateurs - Les lois Veil, contraception 1974, IVG 1975*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 169. Voir également MATHIEU B., « Une jurisprudence selon Ponce Pilate - Constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception », *Dalloz*, 2001, p. 2533), d'un droit à part (BOUSQUET D., LAURANT F., *L'accès à l'IVG, volet 2*, n° 2013-110, 7 novembre 2013, p. 5), d'un véritable droit (NISAND I., ARAUJO-ATTALI L., SCHILLINGER-DECKER A-L., *L'IVG*, PUF, Paris, 2012, p. 123), d'une liberté fondamentale ou d'une liberté (NISAND I., *L'IVG en France - Propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les Femmes*, 2001, p. 1), ou alors seulement d'une possibilité, d'une simple dérogation légale (HEERS M., « Existe-t-il un droit à l'avortement ? À propos de la responsabilité d'un hôpital du fait de la non-révélation d'une anomalie fœtale », *Revue de droit sanitaire et social*, 1991, p. 69).

¹⁴⁹⁹ RUBELLIN-DEVICHI J., « Le droit de l'interruption de grossesse », *LPA*, 1996, n° 69, p. 22.

¹⁵⁰⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Politique et politisation du vivant », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique- Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, op. cit., p. 41.

ainsi l'idée selon laquelle *zoe* a capitulé face à la montée en puissance d'une liberté procréative négative.

503. En Allemagne, en revanche, le discours doctrinal est moins enclin à rattacher la question de l'IVG au champ de la liberté procréative. Celle-ci reste en effet pénalisée par principe en raison de la protection du droit à la vie anténatale. Certains auteurs soulignent toutefois que, dans le cadre de la procréation charnelle, la « *décision pour ou contre l'enfantement est une décision de planification familiale hautement personnelle protégée par l'article 1 alinéa 1 LF* »¹⁵⁰¹ ou encore que « *l'interruption volontaire de grossesse [...] est synonyme en Allemagne comme dans les autres pays qui la dépénalisent, d'émancipation et de liberté* »¹⁵⁰².

504. Au-delà, des justifications rhétoriques justifiant la montée en puissance d'une liberté procréative négative, l'analyse du cadre juridique conceptuel des questions procréatives soutient aussi l'hypothèse selon laquelle les atteintes à la vie autorisée dans le cadre de l'avortement et la contraception sont justifiées par le renforcement juridique de l'autonomie procréative.

Sous-section 2. L'idée de liberté procréative dans le droit positif

505. Le développement indéniable, depuis les années 1970, à l'échelle européenne ou constitutionnelle, de la puissance normative de certains droits fondamentaux fournit le bagage conceptuel permettant d'accréditer l'idée selon laquelle la procréation tomberait désormais sous le coup de la « petite souveraineté » de l'individu. Il en va ainsi du droit à la vie privée, au libre épanouissement de la personnalité ou de l'autonomie personnelle. Leur montée en puissance expliquerait en grande partie que des atteintes à la vie anténatale soient autorisées dans le cadre procréatif (I). L'évolution toujours plus libérale de l'encadrement juridique de la contraception et de l'avortement encourage, à l'échelle interne, cette idée. Elle suggère que c'est l'autonomie procréative qui s'est immiscée dans les brèches que le droit a laissées ouvertes dans la protection juridique de *zoe* (II).

I. La consécration de la notion d'autonomie personnelle

506. La juridicisation croissante du droit à la vie privée, du libre épanouissement de la personnalité ou du paradigme de l'autonomie personnelle crée un cadre conceptuel qui renforce l'idée selon laquelle les choix procréatifs des individus seraient protégés par le principe de liberté

¹⁵⁰¹ KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, Dissertation, Universität Konstanz, 2004, p. 142.

¹⁵⁰² FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, *op. cit.*, p. 25.

individuelle. Un tel cadre s'observe notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (A) ou à l'échelle constitutionnelle, particulièrement en Allemagne (B).

A. La consécration en droit européen

507. Sans procéder ici à une analyse exhaustive des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, il est possible d'identifier un certain nombre de décisions qui suggèrent, en raison de la protection que la Cour accorde à la vie privée, à l'autonomie personnelle ou à la libre disposition de son corps, que le champ procréatif tombe *a priori* sous la protection de l'article 8 de la CESDH relatif au droit au respect de la vie privée et famille. En effet, la Cour fait découler de l'article 8 relatif à la vie privée un certain nombre de droits qui forment un cadre conceptuel au regard duquel les choix procréatifs des individus pourraient apparaître comme protégés par la Convention.

508. Ainsi, en 2002, la Cour déclare dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* relatif à la fin de vie que

*« comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne »*¹⁵⁰³. La Cour ajoute qu'*« elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu »*¹⁵⁰⁴ et *« des éléments tels que, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 »*¹⁵⁰⁵. Partant, selon la Cour, *« cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »*¹⁵⁰⁶ et cette disposition renvoie *« au principe de l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »*¹⁵⁰⁷.

La même année, elle rappelle dans un arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni* relatif à la question trans¹⁵⁰⁸ que

*« la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée »*¹⁵⁰⁹.

En 2005 dans un arrêt *K.A et A.D contre Belgique* relatif à la conventionnalité de la pénalisation des pratiques sadomasochistes, la Cour réaffirme que

¹⁵⁰³ Voir aussi, CEDH, *X et Y contre Pays-Bas*, 26 mars 1985, n° 897880, §22.

¹⁵⁰⁴ Voir aussi, CEDH, *Mikulić contre Croatie*, 7 février 2002, n° 5317699, §53.

¹⁵⁰⁵ Voir aussi, CEDH, *B. contre France*, 25 mars 1992, n° 1334287, §63 ; CEDH, *Burghartz contre Suisse*, 22 février 1994, n° 1621390, §24, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, §41.

¹⁵⁰⁶ Voir aussi, CEDH, *Burghartz c. Suisse, op. cit.*, §24.

¹⁵⁰⁷ CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 234602, §66 ; CEDH, *KA. et AD. contre Belgique*, 17 février 2005, n° 4275898, §83.

¹⁵⁰⁸ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

¹⁵⁰⁹ CEDH, *Goodwin contre Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 2895795, §90 ; CEDH, *Pretty contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 234602, §62 ; CEDH, *Mikulić c. Croatie, op. cit.*, §53.

« l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel [...] ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 [...]. Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...] y compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des domaines plus intimes de la sphère privée et est, à ce titre, protégé par cette disposition. [...] Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. [...] en d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »¹⁵¹⁰.

509. Dans la mesure où les choix procréatifs concernent indéniablement le corps¹⁵¹¹, le développement individuel et la sphère personnelle, la jurisprudence de la Cour sur l'autonomie personnelle suggère - au regard notamment de l'affirmation selon laquelle les individus peuvent désormais disposer de leur corps - que l'article 8 CESDH protège les choix procréatifs négatifs des individus.

510. En ce sens, on peut noter, comme le souligne un auteur, que « la Cour fait état du principe d'autonomie personnelle dans le domaine de la procréation, plus précisément de l'avortement »¹⁵¹². Tel est le cas dans les arrêts *Boso contre Italie* de 2002, *Tysiac contre Pologne* de 2007, ou *A, B et C contre Irlande* de 2010, tous relatifs à la conventionnalité d'un refus d'interruption médicale de grossesse par les autorités des États membres concernés. Dans ces arrêts, la Cour déclare une fois de plus que la « notion de vie privée est large et englobe la notamment des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu comme le droit à l'autonomie personnelle »¹⁵¹³. Dans le second arrêt, elle ajoute même, à propos de l'une des trois requérantes, que « les autorités ont méconnu leurs obligations positives d'assurer à l'intéressée un respect effectif de sa vie privée, faute d'avoir adopté des dispositions législatives et réglementaires instituant une procédure accessible et effective au travers laquelle la requérante aurait pu faire établir si elle pouvait ou non avorter en Irlande »¹⁵¹⁴. À première vue, les concepts de liberté individuelle, de libre disposition de son corps

¹⁵¹⁰ CEDH, *KA. et AD. contre Belgique*, 17 février 2005, n° 4275898, §83.

¹⁵¹¹ Sur cette question, voir aussi, HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, Harmattan, 2004 ; LARRALDE J.M., *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; BORRILLO D., « Le corps du délit ou la libre disposition de soi », Colloque organisé par le syndicat de la magistrature, 2014 ; AILINCAI M., « Le corps et la Cour européenne des droits de l'homme - Propos introductifs », *La Revue des droits de l'homme*, 8 - 2015 ; ALIX N., AGOSTINI C., GAMET C., GASPARI G., « Le corps et la Cour européenne des droits de l'homme - l'existence d'un ordre public corporel », *Revue des droits de l'homme*, 8-2015.

¹⁵¹² LAGARDE E., *Le principe d'autonomie personnelle - étude sur la disposition corporelle en droit européen*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2012, p. 40.

¹⁵¹³ CEDH, *Tysiac contre Pologne*, 20 mars 2007, n° 531003 ; CEDH, *A, B et C contre Irlande*, 16 décembre 2010, n° 2557905 ; CEDH, *Boso contre Italie*, 5 décembre 2002, n° 5449099 : « L'avortement appartient au domaine de la vie privée vu qu'une fois enceinte, la vie privée de la femme devient étroitement liée à celle du fœtus qui se développe en elle ». Voir, MARGUÉNAUD J.P., « La Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accès à l'avortement thérapeutique », *RTDciv.*, 2007, p. 292 ; ROMAN D., « L'avortement devant la Cour européenne », *RDSJ*, 2007, p. 643.

¹⁵¹⁴ CEDH, *A, B et C contre Irlande*, 16 décembre 2010, n° 2557905.

ou d'autonomie personnelle (qui découlent tous de la notion de vie privée¹⁵¹⁵) permettent aux individus de refuser la procréation¹⁵¹⁶.

511. Partant, la conception de l'autonomie qui prévaut ici - et qu'on pourrait schématiquement rattacher à « *la tradition de l'individualisme anglo-saxon* »¹⁵¹⁷ - est celle au regard de laquelle « *l'individu [est] la valeur première et [on] lui reconnaît intrinsèquement la faculté d'exercer ses libertés comme bon lui semble et quand il le juge opportun, quitte à se mettre en danger. Puisque l'ordre juridique libéral place l'épanouissement de la personne parmi ses finalités, il lui faut s'incliner devant un constat : cet idéal est forcément le fruit de choix individuels. Quitte à consentir que l'épanouissement conduise à l'anéantissement* »¹⁵¹⁸ de la vie anténatale. Cette montée en puissance du paradigme de l'autonomie personnelle s'observe aussi dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle, en particulier en Allemagne. Cette jurisprudence fournit une fois de plus le cadre conceptuel permettant de penser que la protection de la vie anténatale a cédé du terrain à l'autonomie procréative négative.

B. La consécration en droit constitutionnel

512. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, à l'instar de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, attache une importance particulièrement au principe d'autonomie personnelle. Elle le fait découler de l'article 1 de la Loi fondamentale sur la dignité humaine et de l'article 2 sur les droits de la personnalité.

513. La Cour constitutionnelle déclare, par exemple, dans un arrêt de 1978 relatif à la question du changement de sexe des trans à l'état civil¹⁵¹⁹, que « *l'article 1 alinéa 1 protège la dignité de la personne, la manière dont il conçoit sa propre individualité et sa conscience de soi. À ce titre, la personne peut disposer d'elle-même et décider de manière responsable de son propre destin. L'article 2 alinéa 1 LF en relation avec l'article 1 Alinéa 1 protège le libre épanouissement des personnes* ».

¹⁵¹⁵ Voir aussi, en ce sens Cour suprême des États-Unis, *Roe contre Walde*, 22 janvier 1973, 410 U.S. 113.

¹⁵¹⁶ LAGARDE E., *Le principe d'autonomie personnelle - étude sur la disposition corporelle en droit européen*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2012 ; LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009/1, n° 49, p. 254 ; FABRE-MAGNAN M., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n° 48, p. 258.

¹⁵¹⁷ ROMAN D., « À corps défendant », *Dalloz*, 2007, p. 1284.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

514. Dans un arrêt de 1986, elle ajoute que

« le droit de la personnalité complète les autres droits-libertés expressément nommées par la Loi Fondamentale. Sa fonction est, au regard du principe constitutif de dignité humaine, de protéger la sphère personnelle et les conditions de son maintien, qui ne peuvent l'être par les autres libertés plus traditionnelles. En raison de cette spécificité du droit de la personnalité, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ainsi que celle de la Cour fédérale de justice, ne doivent pas délimiter de manière définitive le contenu de ce droit mais repenser à chaque fois sa portée au regard des cas d'espèce qui se présentent à elles »¹⁵²⁰.

515. Elle précise, dans un arrêt de 1997, à propos de l'article 2 de la LF que *« le droit au libre épanouissement de la personnalité et la dignité humaine assurent à chaque individu un domaine autonome pour décider de manière responsable sa manière de vivre ; domaine au sein duquel chacun peut développer et protéger son individualité »¹⁵²¹*. Il découle de ce droit général de la personnalité un droit au libre épanouissement de la personnalité et à la vie privée. La sphère intime de la vie privée est considérée comme inviolable par la Cour¹⁵²². Dans un arrêt de 1977 relatif aux cours d'éducation sexuelle à l'école, la Cour indique par ailleurs que

« la Loi fondamentale a placé le domaine de l'intime et du sexuel des personnes, en tant qu'éléments de sa vie privée sous la protection de l'article 2 alinéa 1 en relation avec l'article 1 alinéa 1 LF. Ces dispositions de la LF assurent à la personne le droit de déterminer elle-même sa conception de la sexualité. Il doit construire sa relation au sexe et par principe décider par lui-même, si, dans quelles limites et dans quels buts il veut accepter, dans ce cadre, des interactions avec des tiers ».

516. Comme le souligne une auteure *« le domaine familial et les relations avec son partenaire sont expressément rattachés par la Cour à la sphère du privé et de l'intime »¹⁵²³*. Étant donné que les décisions procréatives peuvent aisément être rattachées au domaine du sexuel¹⁵²⁴, de l'intime, de la sphère personnelle et au libre épanouissement de la personnalité, ces décisions peuvent apparaître, à la lecture de ces quelques affirmations prétoriennes, protégées par l'article 1 et de 2 de la Loi fondamentale. En ce sens, on peut d'ailleurs observer que dans ses deux décisions sur l'avortement, la Cour constitutionnelle allemande rattache la question au domaine de la vie privée. En 1975, elle déclare que *« la grossesse dépend de la sphère de la femme, dont la protection est assurée par l'article 2 alinéa 1 et article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale. Le droit de la femme au libre épanouissement de sa personnalité, qui suppose une liberté d'action et, avec elle, la responsabilisation de la femme qui peut décider, ou non, de devenir*

¹⁵²⁰ BVerfG, 13 mai 1986, 1 BvR 1542/84

¹⁵²¹ BVerfG, 06 mai 1997, 1 BvR 409/90 ; BVerfG, 14 février 1973, 1 BvR 112/65 ; BVerfGE, 16 janvier 1957, 1 BvR 253/56. Voir notamment, SACHS M., *Grundgesetzkommentar*, Article 2 ; MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetzkommentar*, Article 2, Rn 1-9 ; HÖMIG D., WOLFF H.A., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Article 2, Rn 1-14.

¹⁵²² Par exemple, BVerfG, 14 février 1973, 1 BvR 112/65 ; BVerfG, 16 juillet 1969, 1 BvR 19/263 ; BVerfG, 21 décembre 1977, 1 BvR 713/77 ; BVerfG, 16 mars 1988, 1 BvR 153/87. Voir notamment, sur la « théorie des sphères » développée par la Cour constitutionnelle, au regard de laquelle plus la sphère est intime, plus les atteintes doivent être strictement proportionnées et limitées : WÖLFL B., « Sphärentheorie und Vorbehalt des Gesetzes », *NVwZ*, 2002, p. 49.

¹⁵²³ KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁵²⁴ En ce sens, BETTIO N., « Le droit à l'enfant : nouveau droit de l'homme ? », *RDP*, n° 2, 2010, p. 473.

parent»¹⁵²⁵. En 1993, elle précise que les droits qui entrent en conflit avec le droit à la vie de l'embryon sont les droits de la femme enceinte à la protection et au respect de sa dignité, de sa vie, de son intégrité physique et de sa personnalité.

517. Du reste, au-delà de la jurisprudence constitutionnelle, d'autres juridictions en Allemagne rattachent la question procréative au domaine des droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Ainsi, la Cour fédérale de justice, amenée à se prononcer en 1976 sur la légalité de la stérilisation contraceptive volontaire, autorise la pratique au nom de l'article 2 LF et permet ainsi aux individus « *de disposer librement de leur capacité reproductive* »¹⁵²⁶.

518. En France, l'ancrage constitutionnel de ces questions est moins marqué qu'en Allemagne¹⁵²⁷. Cela étant, dans sa décision relative à la constitutionnalité de la loi de 2001 (qui libéralise le régime de l'IVG), le Conseil constitutionnel rattache la question au champ de la liberté individuelle. Ainsi, considère-t-il que

*« la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu 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 qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »*¹⁵²⁸. Il ajoute que « *la nouvelle rédaction donnée aux articles L2212-3 et L2212-4 du Code de la santé publique respecte la liberté de la femme enceinte qui souhaite recourir à une interruption volontaire de grossesse ; que, par suite, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »¹⁵²⁹.

519. Ces différentes jurisprudences laissent à penser que la montée en puissance du droit à la vie privée, à l'épanouissement personnel et à l'autonomie décisionnelle liberté explique effectivement la libéralisation du champ procréatif négatif et, dans ce cadre, les atteintes autorisées à *zoe*. L'évolution du droit positif interne en la matière accredit à première vue cette hypothèse.

II. L'évolution libérale du droit positif de la contraception et de l'avortement

520. Les champs contraceptifs et abortifs font l'objet d'une libéralisation croissante, particulièrement en France, de sorte qu'il est désormais possible de considérer que le droit permet aux individus de faire des choix procréatifs. Cette possibilité vient au soutien de l'idée selon

¹⁵²⁵ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

¹⁵²⁶ BGH, 29 juin 1976 - 1 StR 263/76.

¹⁵²⁷ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation : France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*

¹⁵²⁸ Conseil constitutionnel, DC n° 2001-446, 27 juin 2001, «Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception», considérant 5. Sur ce point, voir, notamment, MATHIEU B., «Une jurisprudence selon Ponce Pilate», *Dalloz*, 2001, p. 2533.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

laquelle les individus disposent dorénavant d'une liberté contraceptive (A) et abortive (B) et que c'est donc bien la consécration d'une liberté procréative qui justifie les atteintes autorisées à *zoe*.

A. La libéralisation de la contraception

521. On observe en France et en Allemagne une libéralisation juridique croissante de la contraception. La libéralisation ne se réalise toutefois pas de la même manière en France et en Allemagne. En France, le législateur intervient régulièrement pour créer un cadre détaillé spécifiquement applicable à la contraception. En Allemagne, en revanche, les interventions ponctuelles du législateur ou des pouvoirs publics ne conduisent pas à la création d'un encadrement juridique spécifique de la contraception. Dans les deux cas, cependant, les contraceptifs sont autorisés, renforçant par ce biais la possibilité pour les individus de faire des choix procréatifs négatifs, fût-ce au prix d'une atteinte à la vie, en France (1) et en Allemagne (2).

1. La libéralisation en France

522. La loi du 28 décembre 1967¹⁵³⁰ aménage, en France, l'accès à la contraception, disposant que « *la fabrication et l'importation des contraceptifs sont autorisées dans les conditions fixées par un règlement d'administration publique* »¹⁵³¹. Elle pose les conditions de mise en œuvre de la délivrance des contraceptifs¹⁵³². Les contraceptifs peuvent être vendus en pharmacie¹⁵³³ et délivrés sur ordonnance¹⁵³⁴. Plus largement, la loi rend possible une dissociation entre sexualité et procréation¹⁵³⁵. Or, si l'on considère, à l'instar du planning familial, que « *le bonheur conjugal et personnel passe par une sexualité dissociée de la procréation* »¹⁵³⁶, la loi NEUWIRTH constitue un véritable progrès social. La loi du 4 décembre 1974 sur la régulation des naissances renforce ensuite l'accès à la contraception, en supprimant les principaux obstacles (concrets et symboliques) contenus dans

¹⁵³⁰ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L648 et L649 du Code de la santé publique. Sur toutes les étapes qui précèdent à l'élaboration de cette loi, MOSSUZ J., « La régulation des naissances : les aspects politiques du débat », *Revue française de science politique*, 16ème année, n° 5, 1966. p. 913.

¹⁵³¹ Article 2 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967.

¹⁵³² Article 3 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 : « *La vente des produits, médicaments et objets contraceptifs est subordonnée à une autorisation de mise sur le marché, délivrée par le ministre des Affaires sociales. Elle est exclusivement effectuée en pharmacie. Les contraceptifs inscrits sur un tableau spécial, par décision du ministre des Affaires sociales, ne sont délivrés que sur ordonnance médicale ou certificat médical de non-contre-indication. Aucun produit, aucun médicament abortif ne pourra être inscrit sur ce tableau spécial. Cette ordonnance ou ce certificat de non-contre-indication sera nominatif, limité quantitativement et dans le temps, et remis, accompagné d'un bon tiré d'un carnet à souches, par le médecin au consultant lui-même. L'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin, dans un établissement hospitalier, un centre de soins agréé ou conformément à des conditions fixées par un règlement d'administration* ».

¹⁵³³ Article 3 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967.

¹⁵³⁴ *Ibid.*

¹⁵³⁵ Voir notamment, sur cette question, BOLTANSKI L., *La condition fatale - une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, op. cit., p. 35.

¹⁵³⁶ En ce sens, MORE C., « Sexualité et contraception vue à travers l'action du mouvement français pour le planning familial de 1961 à 1967 », *Le mouvement social*, La découverte, 2004/2, n° 207, p. 85.

la loi de 1967¹⁵³⁷. Tout d'abord, elle aligne leur régime juridique sur celui des autres dispositifs médicaux : elle supprime l'obligation du carnet à souche, l'inscription sur le tableau spécial et la distinction quelque peu artificielle qui existait entre prescription et certificat de non-contre-indication¹⁵³⁸. Cette loi libéralise, par ailleurs, le régime de la contraception applicable aux mineurs qui peuvent dorénavant obtenir des contraceptifs sans limite d'âge et sans autorisation parentale. Elle autorise également les centres de planification et d'éducation familiale agréés à délivrer, à titre gratuit, des contraceptifs, sur prescription médicale, aux mineurs désirant garder le secret ainsi qu'aux personnes ne bénéficiant pas d'assurance maladie¹⁵³⁹. Plus largement, la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse prévoit que : « *Le gouvernement prendra toutes les mesures nécessaires pour développer l'information la plus large possible sur la régulation des naissances* »¹⁵⁴⁰, permettant la mise en place de vastes campagnes d'information. La loi du 13 décembre 2000 marque, elle aussi, un élargissement de l'accès à la contraception. Elle permet la vente libre de la contraception d'urgence¹⁵⁴¹. Les mineures peuvent se procurer gratuitement la pilule du lendemain auprès des pharmaciens, des centres de planification mais également des infirmières scolaires¹⁵⁴². Par ailleurs, cette loi autorise les sages-femmes à prescrire et à poser¹⁵⁴³ des diaphragmes, des capes ainsi que des contraceptifs locaux. En 2001, une nouvelle loi renforce le mouvement la libéralisation. La loi du 4 juillet 2001 permet notamment aux personnes mineures d'accéder à la contraception en leur permettant d'y recourir sans autorisation parentale¹⁵⁴⁴. Depuis, 2001, la loi prévoit que « *la délivrance et la prise en charge de contraceptifs sont protégées par le secret pour les personnes mineures* ». Depuis les lois du 9 août 2004 et du 21 juillet 2009¹⁵⁴⁵, les sages-femmes sont habilitées à prescrire une contraception hormonale¹⁵⁴⁶, à faire des frottis¹⁵⁴⁷ ou à réaliser des consultations de

¹⁵³⁷ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances. Avant elle, la loi de 1973 crée le Conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation qui pour but d'assurer la liaison entre les différents associations et organismes qui contribuent aux missions d'information et d'éducation n à la contraception - Loi n° 73-639 du 11 juillet 1973 portant création d'un conseil supérieur de l'information sexuelle de la régulation des naissances et de l'éducation familiale.

¹⁵³⁸ Article 3 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967. Ainsi, le médecin peut décider s'il souhaite délivrer une véritable ordonnance médicale ou un simple certificat médical de « contre-indication » dans le cas où il veut signifier sa désapprobation à l'octroi de contraceptifs - AN, séance 1 du 14 décembre 1967, Lucien Neuwirth, p. 5884 : « *Les uns souhaitent que la responsabilité morale du médecin soit déchargée par la délivrance d'un certificat de non contre- indication* ».

¹⁵³⁹ Article 2 de la loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974.

¹⁵⁴⁰ Article 13 de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁵⁴¹ Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence.

¹⁵⁴² Arrêté du 27 mai 1999 ; circulaire du 29 décembre 1999 ; loi du 13 décembre 2000 ; décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002 relatif à la délivrance aux mineures des médicaments ayant pour but la contraception d'urgence ; loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

¹⁵⁴³ Article L5134-1 CSP.

¹⁵⁴⁴ Article 21 et suivants de la Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Voir aussi, BAJOS N., BOHET A., LE GUEN M., MOREAU C., « La contraception en France : nouveau contexte, nouvelles pratiques ? », *Population et sociétés*, n° 492, septembre 2012.

¹⁵⁴⁵ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ; loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

¹⁵⁴⁶ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

contraception¹⁵⁴⁸. Les infirmiers sont autorisés à renouveler les prescriptions¹⁵⁴⁹ et les infirmiers exerçant dans les services de médecine de prévention des universités peuvent procéder, à certaines conditions¹⁵⁵⁰, à la délivrance et l'administration des contraceptifs d'urgence¹⁵⁵¹. Le pharmacien peut, quant à lui, délivrer des contraceptifs oraux même si la durée de validité d'une ordonnance datant de moins d'un an est expirée¹⁵⁵².

523. La prise en charge croissante de la contraception par la Sécurité sociale est également un élément central de la libéralisation¹⁵⁵³, tant au niveau pratique que symbolique. En effet, elle permet de lutter contre les inégalités d'accès et signifie que la pilule n'est plus considérée, par l'ordre juridique, comme dangereuse¹⁵⁵⁴. L'État ne désapprouve plus l'utilisation de contraceptifs, il tend même à l'encourager. En effet, l'existence de cette prise en charge généreuse¹⁵⁵⁵ suppose *a minima*, « *un encouragement symbolique et une reconnaissance sociale* »¹⁵⁵⁶ de la pratique. Comme le soulignent certains parlementaires, le remboursement entend en effet « *normaliser l'usage des contraceptifs* »¹⁵⁵⁷. La loi du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale pour 2013 prévoit le remboursement à 100% de certains contraceptifs pour les assurées de plus de 15 ans¹⁵⁵⁸.

524. À première vue, il est donc aujourd'hui possible de parler d'un *droit* à la contraception en France¹⁵⁵⁹. La loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé consacre d'ailleurs un « *droit d'être informée sur l'ensemble des méthodes contraceptives et d'en choisir une librement* »¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁴⁷ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

¹⁵⁴⁸ Article L4151-1 CSP.

¹⁵⁴⁹ Article L4311-1 CSP. Si la prescription date de moins d'un an pour les contraceptifs oraux.

¹⁵⁵⁰ Notamment si un médecin, une sage-femme ou un centre de planification ou d'éducation familiale n'est pas immédiatement accessible.

¹⁵⁵¹ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

¹⁵⁵² Article L5125-23-1 CSP.

¹⁵⁵³ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances.

¹⁵⁵⁴ AN, 28 juin 1974, Lucien Neuwirth, p. 3171.

¹⁵⁵⁵ Article L6121-1 CSP ; à certaines conditions, une prise en charge des techniques pratiquées à l'étranger est possible.

¹⁵⁵⁶ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole*, op. cit., p. 76.

¹⁵⁵⁷ Sénat, 7 novembre 1974, Robert Swint, p.1649.

¹⁵⁵⁸ Article 52 de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale pour 2013 : « *Après le 19° de l'article L322-3 du même code, il est inséré un 21° ainsi rédigé : pour l'assurée mineure d'au moins quinze ans, pour les frais d'acquisition de certains contraceptifs* ». Aujourd'hui : article L322-3 CSP.

¹⁵⁵⁹ En ce sens, LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale », in BAULIEU E.E., HÉRITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 133 et surtout, p. 152 et suivantes : « *En dehors de sa dimension de santé publique, la contraception est avant tout conçue comme l'expression d'un droit appartenant à chaque femme et à chaque homme* ».

¹⁵⁶⁰ Article 11 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; article L 5134-1 CSP.

2. La libéralisation en Allemagne

525. En Allemagne, la libéralisation de l'accès à la contraception commence sous la République de Weimar¹⁵⁶¹. En 1929, le Tribunal de Chemnitz refuse par exemple, de condamner un discours anticonceptionnel¹⁵⁶², considérant qu'« *un rapport intime, même s'il n'est pas reconnu par l'État via l'institution du mariage entre un homme et une femme ne peut pas être perçu comme une atteinte aux bonnes mœurs* »¹⁵⁶³. Même à considérer que l'accès aux contraceptifs tend à encourager les relations extra-maritales, le juge estime qu'il n'advient pas de condamner les propos visant à encourager leur utilisation¹⁵⁶⁴.

526. Toutefois, pendant le Troisième Reich, l'accès à la contraception est plus durement pénalisé¹⁵⁶⁵ ; le processus enclenché dans les années 1920 s'interrompt.

527. Il faudra attendre 1945 pour que l'accès à la contraception soit à nouveau possible¹⁵⁶⁶. En effet, à la libération, la disparition des lois nazies conduit à une légalisation automatique de leur accès. Le législateur intervient malgré tout en 1973 pour supprimer l'alinéa 3a du §184 du Code pénal : il fait ainsi disparaître de la liste des atteintes à la morale les publicités et annonces pour les contraceptifs¹⁵⁶⁷. Cette loi, justifiée par une volonté de « *neutralisation axiologique* »¹⁵⁶⁸ du droit pénal, autorise, en outre, les distributeurs de préservatifs¹⁵⁶⁹. Par ailleurs, on l'a vu, le législateur se saisit en 1974 de la question du statut pénal des DIU et les exclut de la pénalisation de l'avortement. La loi dispose que « *celui qui interrompt la grossesse d'une femme après un délai de 13 jours encourt une peine privative de liberté de trois ans ou une amende* »¹⁵⁷⁰. Dès lors qu'ils sont jugés sans danger par le corps médical, les

¹⁵⁶¹ USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, op. cit., p. 138. En 1925, par exemple, le président de la police berlinoise écrit au ministre de la Justice que « *le tribunal impérial a considéré dans une jurisprudence constante que les moyens de contraception étaient des objets destinés à un usage obscène car l'expérience montrait qu'ils étaient utilisés dans des rapports sexuels extraconjugaux* » [mais que] « *si cela avait pu être à une époque le cas, cela ne correspondait plus aujourd'hui à l'opinion majoritaire* ».

¹⁵⁶² Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁵⁶³ Propos du juge cités par USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, op. cit., p.139

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*

¹⁵⁶⁵ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁵⁶⁶ Sur la pénalisation : cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁵⁶⁷ Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) - quatrième loi portant réforme du droit pénal - 23 novembre 1973, Bundesgesetzblatt Teil I 1973, p. 1725-1735.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.* Voir aussi, BR, 357^{ème} séance, 23 octobre 1970, Jahn, p. 230 ; BR, 357^{ème} séance, 23 octobre 1970, Heinsen p. 228 : « *L'ancienne conception du droit pénal, cherchant à remplir une fonction moralisatrice et à réaliser certaines idéologies est incompatible avec une démocratie moderne. L'État doit, en principe, tolérer le comportement sexuel d'adultes consentants. En dépénalisant certains comportements, qui étaient jusqu'à lors sanctionnés, le législateur arrête de transmettre des jugements de valeur moralisateur* ».

¹⁵⁶⁹ Suppression du §41 a Gewerbeordnung par la quatrième loi portant réforme du droit pénal du 23 novembre 1973 - Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrecht - Drucksache VI 3521, Sachgebiet 45, p. 63.

¹⁵⁷⁰ §218 StGB (version de 1974). Voir aussi, §219 d StGB (dans la version du 1974) : « *Les actes, dont les effets apparaissent avant la fin de la fixation de l'œuf fécondé dans l'utérus (nidation) ne sont pas qualifiables d'interruption de grossesse au sens de la loi* ». Voir aussi, Entwurf eines 5. Gesetz zur Reform des Strafrecht, Drucksache 7/3434 p. 15 : Le projet de loi précise que l'objectif de cette précision est de « *clarifier que l'utilisation des DIU, qui peuvent empêcher la fixation d'un œuf fécondé n'est pas limitée par le Code pénal* ».

contragestifs peuvent être fabriqués, mis sur le marché et utilisés¹⁵⁷¹. Cette clarification législative est indirectement validée par la Cour constitutionnelle dans ses décisions sur l'avortement du 25 février 1975 et du 28 mai 1993¹⁵⁷². Elle déclare que « *la vie au sens de l'existence de chaque individu humain commence au regard des connaissances biologiques et physiologiques en la matière à partir du 14^{ème} jour après la conception (au moment de la nidation, de l'individuation)* »¹⁵⁷³. Aujourd'hui, le §218 précise encore que l'avortement n'est pénalisé que s'il intervient « *après la fin de la fixation de l'œuf fécondé dans l'utérus* ».

528. En parallèle, le législateur autorise la prise en charge par la Sécurité sociale des contraceptifs. Le §200e de l'ancien Code de la Sécurité sociale dispose dès 1975¹⁵⁷⁴ que « *les assurés ont le droit à une consultation médicale sur les questions en lien avec la contraception ainsi qu'aux examens nécessaires et à la prescription de contraceptifs* »¹⁵⁷⁵. Depuis la réforme de 1992, le §24a alinéa 2 prévoit que « *les assurés de moins de 20 ans ont droit à la prise en charge des moyens de contraception prescrits par un médecin* »¹⁵⁷⁶. Plus récemment, une loi de 2015 étend ce remboursement aux contraceptifs d'urgence¹⁵⁷⁷.

529. Le législateur organise aussi, de manière plus générale, la diffusion de l'information contraceptive. L'article 2 de la loi sur les conflits de grossesse énonce ainsi dans sa version de 1995 que « *chaque femme et chaque homme a le droit de s'informer et de se faire conseiller sur les questions relatives à l'éducation sexuelle, la contraception et la planification familiale* »¹⁵⁷⁸. En principe, l'État doit permettre la mise en place d'un nombre suffisant de centres de consultation, également répartis sur le territoire et disposant du personnel nécessaire¹⁵⁷⁹. De tels éléments permettent de garantir un droit effectif à

Version actuelle du §218 : « *Après la fin de la fixation de l'œuf fécondé dans l'utérus* ». Voir aussi, §218 StGB (version de 1974) : « *Celui qui interrompt la grossesse d'une femme après un délai de 13 jours encourt une peine privative de liberté de trois ans ou une amende* ».

¹⁵⁷¹ Entwurf eines fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts, Drucksache 7/3434, Begründung, p. 15.

¹⁵⁷² BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, §133. Voir sur cette question notamment, HIRSCH, « Die Pille Danach », *MedR*, 1987, p. 14.

¹⁵⁷⁴ Gesetz über ergänzende Maßnahmen zum Fünften Strafrechtsreformgesetz - loi sur les mesures complémentaires à la cinquième réforme pénale, 28 août 1975, *Bundesgesetzblatt Teil I*, 1 975, n° 102, 30 août 1975, p. 2289.

¹⁵⁷⁵ §1 de la Gesetz über ergänzende Maßnahmen zum Fünften Strafrechtsreformgesetz - Strafrechtsreformgesetz - loi sur les mesures complémentaires à la cinquième réforme pénale, 28 août 1975.

¹⁵⁷⁶ §24 a SGB V.

¹⁵⁷⁷ Le §24a alinéa 2 SGB V : « *L'alinéa 1 vaut aussi pour les contraceptifs d'urgence qui ne sont pas soumis à une prescription obligatoire, dès lors qu'ils ont été prescrits par un médecin* ».

¹⁵⁷⁸ §2 alinéa 1 de la Gesetzes zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (SchKG) - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

¹⁵⁷⁹ §4 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

la consultation¹⁵⁸⁰, justifié par une volonté de reconnaître « *la sexualité comme un élément essentiel de la personne humaine et un aspect fondamental des relations sociales* »¹⁵⁸¹.

530. Le gouvernement accepte également de libéraliser le régime juridique de la pilule du lendemain. Dans un premier temps, il intervient en 1985 pour autoriser le Tetragynon ©¹⁵⁸² puis en 2000 pour autoriser la vente du Lévonorgestrel ©¹⁵⁸³ - composants principaux de la « *pilule du lendemain* »¹⁵⁸⁴. Puis, sous la pression de l'Union européenne, le gouvernement allemand, particulièrement réticent à admettre la vente libre - c'est-à-dire sans ordonnance - des contraceptifs d'urgence¹⁵⁸⁵, finit par accepter de modifier les textes juridiques relatifs aux prescriptions médicales¹⁵⁸⁶. Ainsi, il autorise par le décret du 13 mars 2016 la vente libre de la contraception d'urgence¹⁵⁸⁷.

531. Ainsi, en Allemagne, même si la question de la protection de la vie *anténatale* est centrale lors des débats sur la libéralisation des contraceptifs, le législateur décide de ne pas protéger la vie avant la nidation car il importe de favoriser l'accès aux inhibiteurs de nidation. En France, en revanche, des atteintes à la vie susceptibles d'être provoquées par les contraceptifs, il n'est jamais question. La possibilité de recourir à une contraception l'emporte donc manifestement sur la protection de la vie avant la nidation. Les droits français et allemand améliorent de manière continue l'accès à la contraception, semblant par ce biais faire primer la possibilité pour les individus de faire des choix procréatifs sur la protection de la *vie nue*. Cela est encore plus manifeste en ce qui concerne la libéralisation de l'avortement, particulièrement en France.

¹⁵⁸⁰ §3 abs.1 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992 : « *Sont considérés comme des centres de consultation, au sens de cette loi, les organismes de droit public qui ont été reconnus comme tels ainsi que les médecins membres de ces centres, ceux qui ont été chargés d'une telle mission ou qui ont été reconnus par un membre d'un de ces organismes* ».

¹⁵⁸¹ Voir en ce sens les motifs du projet de loi : Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, BT Drucksache 12/2605, p. 19.

¹⁵⁸² Voir notamment HIRSCH E., « Die Pille Danach », *MedR*, 1987, Heft 1, p.14.

¹⁵⁸³ Verordnung über die Verschreibungspflicht von Arzneimitteln (AMVV) - décret sur les obligations de prescription des médicaments, annexe 1 - Anlage 1 (zu §1 n° 1 und §5), Stoffe und Zubereitungen nach §1 n° 1, août 2000.

¹⁵⁸⁴ Il s'agit d'une molécule de synthèse qui épaissit les parois utérines et empêche la nidation ; MORCK H., « Die Pille danach zur Selbstmedikation », *Pharmazeutische Zeitung*, Ausgabe 50/2002.

¹⁵⁸⁵ Voir notamment « BfArM soll erneut über Pille danach entscheiden », *Pharmazeutische Zeitung*, Ausgabe 37/2013 ; PROFAMILIA - Deutscher Bundestag - Ausschuss für Gesundheit ; Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestags, 2 Juillet, 2014, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵⁸⁶ En ce sens, voir le projet de loi relatif à la libéralisation de la pilule du lendemain - Entwurf eines Gesetzes zur Entlassung der Pille danach aus der Verschreibungspflicht und zur Ermöglichung der kostenlosen Abgabe an junge Frauen, BT Drucksache, 18/3834. Voir aussi, l'Article 1 du décret du 6 mars 2015 - Verordnung zur Änderung der Arzneimittelverschreibungsverordnung und der Apothekenbetriebsordnung.

¹⁵⁸⁷ Verordnung zur Änderung der Arzneimittelverschreibungsverordnung und der Apothekenbetriebsordnung du 6 mars 2015.

B. La libéralisation de l'avortement

532. L'accès à l'avortement fait l'objet d'une libéralisation croissante en droit allemand et surtout en droit français. L'encadrement juridique de cette question diffère grandement entre les deux pays. La France opte pour un encadrement administratif très détaillé qui s'exprime aujourd'hui à titre principal dans le Code de santé publique. En Allemagne, la question reste régie par le Code pénal, seulement complété par une loi de nature plus sociale. Mais ces cadres juridiques, structurellement différents, convergent au fond pour renforcer la possibilité pour les individus de faire des choix procréatifs négatifs, fût-ce, une fois de plus, au prix d'une atteinte à la vie, en France (1) et en Allemagne (2).

1. La libéralisation en France

533. La loi de 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse dépénalise l'avortement en suspendant pendant cinq ans les quatre premiers alinéas de l'article 317 du Code pénal relatif à l'avortement¹⁵⁸⁸. L'avortement est désormais possible sous condition : la femme doit être en *situation de détresse* ; l'IVG doit impérativement être pratiquée *par un médecin* ; après une consultation psycho-sociale ; dans un établissement de santé agréé et dans un délai de *dix semaines*¹⁵⁸⁹ ; une procédure spécifique est prévue par la loi¹⁵⁹⁰ ; la loi réserve, par ailleurs, aux professionnels de santé le bénéfice d'une clause de conscience spécifique. La loi du 31 décembre 1979 rend définitif l'accès à l'IVG dans les conditions préalablement fixées par la loi de 1975¹⁵⁹¹.

534. Progressivement, un ensemble de réformes permettent à la fois le renforcement du caractère individuel de la décision et l'accès à l'IVG.

535. En ce qui concerne le renforcement du caractère individuel de la décision, tout d'abord, le Conseil d'État rend en 1980, un arrêt fondamental. Il estime que « *même si à chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre* », cela ne peut avoir pour effet « *de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse* »¹⁵⁹². Le

¹⁵⁸⁸ Article 2 de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse : « *Est suspendue pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du Code pénal lorsque l'interruption volontaire de grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L.176 du Code de la santé publique* ».

¹⁵⁸⁹ Les dispositions organisationnelles sont fixées ultérieurement par décrets, voir notamment le décret n° 75-353 du 13 mai 1975 portant application de l'article L162-4 du Code de la Santé publique et relatif à l'interruption volontaire de la grossesse ou n° 75-750 du 9 août 1975 soumettant les établissements privés à une autorisation préfectorale pour pratique des IVG : on souhaitait éviter un « *marché privé de l'IVG* ».

¹⁵⁹⁰ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁵⁹¹ Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979.

¹⁵⁹² CE, 31 octobre 1980, n° 13028.

juge estime ainsi que la femme seule doit apprécier la situation dans laquelle elle se trouve. Ensuite, la loi du 27 janvier 1993 introduit le délit d'entrave en droit français¹⁵⁹³. Le droit pénal protège dorénavant la liberté d'avorter contre les ingérences des tiers¹⁵⁹⁴. Plus récemment, une loi du 20 mars 2017 crée le délit d'entraves numériques, pénalisant notamment la désinformation des femmes sur internet¹⁵⁹⁵. Enfin, en 2001, la loi supprime l'obligation de la consultation psychosociale pour les femmes majeures¹⁵⁹⁶. Cette suppression indique une volonté de renforcer l'autonomie décisionnelle des femmes. Elle signifie, sur le plan symbolique, que les femmes n'ont pas besoin d'être aidées pour prendre une décision autonome. Sur le plan pratique, elle permet la suppression d'une des nombreuses étapes du parcours d'IVG¹⁵⁹⁷. La loi de 2001 retire, par ailleurs, les dispositions du dossier-guide qui ont pour objectif d'encourager la femme à garder l'enfant. La loi cherche ainsi à minimiser la fonction initialement dissuasive¹⁵⁹⁸ du régime juridique. Par ailleurs, elle tente de renforcer l'autonomie décisionnelle des mineures en supprimant l'autorisation parentale obligatoire. Si la mineure veut absolument garder le secret, seul le consentement d'un adulte, quel qu'il soit, est dorénavant nécessaire¹⁵⁹⁹.

536. En ce qui concerne, le renforcement de l'effectivité de l'accès à l'IVG, le législateur prévoit tout d'abord en 1982 la prise en charge par la Sécurité sociale des IVG¹⁶⁰⁰. Trente ans après la première loi sur le remboursement¹⁶⁰¹, la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2013¹⁶⁰² prévoit la prise en charge intégrale de la totalité des frais liés à une IVG par voie instrumentale ou médicamenteuse. Cette loi met en principe fin aux différences jusqu'alors persistantes de taux de prise en charge par l'assurance maladie. Le remboursement à 100% de l'IVG et de tous les actes y

¹⁵⁹³ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social. Article L2223-2 CSP. Sur ces évolutions, BEAUSSONIE G., « À propos de l'entrave à l'interruption de grossesse », *Gazette du Palais*, n° 223, 11 août 2015, p. 9.

¹⁵⁹⁴ MISTRETTA P., « L'IVG », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, article 2, n° 25, *Dalloz*, 2009.

¹⁵⁹⁵ Loi du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse. Voir l'article L2223-2 CSP : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher ou de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L2212-3 à L2212-8 par tout moyen, y compris par voie électronique ou en ligne, notamment par la diffusion ou la transmission d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse ; soit en perturbant l'accès aux établissements mentionnés à l'article L2212-2, la libre circulation des personnes à l'intérieur de ces établissements ou les conditions de travail des personnels médicaux et non médicaux ; soit en exerçant des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, des personnels médicaux et non médicaux travaillant dans les établissements mentionnés au même article L2212-2, des femmes venues recourir à une interruption volontaire de grossesse ou de l'entourage de ces dernières ». Voir, pour un jugement critique, CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Délict d'opinion dissidente ? », *Dalloz*, 2016, p. 2393.

¹⁵⁹⁶ Article 5 de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

¹⁵⁹⁷ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁵⁹⁸ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁵⁹⁹ Article L2212-7 alinéa 2 CSP.

¹⁶⁰⁰ Article 5 de la loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure. Sur la question du remboursement, ENGELI I., *Les politiques de la reproduction, les politiques d'avortement et de PMA*, Paris, Harmattan, 2010, p. 113.

¹⁶⁰¹ Notons également que l'arrêté du 23 juillet 2004 modifié relatif aux forfaits afférents à l'interruption volontaire de grossesse fixe les prix limites des différents actes afférents aux IVG.

¹⁶⁰² Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale.

afférant¹⁶⁰³ permet de garantir l'accès à l'IVG pour *toutes* les femmes - indépendamment de leurs situations financières¹⁶⁰⁴. Ensuite, le législateur prévoit une amélioration de l'offre relative aux IVG par une extension des méthodes, des personnes et des lieux habilités à réaliser des avortements : en 1990, l'IVG médicamenteuse est autorisée ; la loi de 2007 autorise les centres de santé à pratiquer des IVG médicamenteuses¹⁶⁰⁵ et la loi de 2016 relative à la modernisation de notre système de santé autorise les sages-femmes à pratiquer des IVG médicamenteuses¹⁶⁰⁶. En outre, l'accès à l'IVG est également amélioré par la présentation, depuis la loi de 2001, de l'IVG comme une mission de service public¹⁶⁰⁷. Cette loi dispose en effet que « *tout chef de service ou de département est tenu d'en assurer l'organisation, dès lors que, conformément à la loi hospitalière, l'établissement lui en a confié la mission* »¹⁶⁰⁸. Enfin, le parcours d'IVG est progressivement allégé. En 2001, le délai d'IVG s'allonge à 12 semaines et la consultation psycho-sociale est supprimée. En 2014, la condition de détresse disparaît du Code de santé publique. Cela produit des effets avant tout symboliques puisque la femme qualifiait déjà seule, depuis 1980, son état de détresse¹⁶⁰⁹. La réforme de santé de 2016 allège, elle aussi, la procédure en supprimant le délai de réflexion de 7 jours¹⁶¹⁰. Ce délai demeure cependant obligatoire lorsque la femme souhaite assister à une consultation psycho-sociale¹⁶¹¹. De plus, afin de faciliter l'accès à l'avortement, la mise en place d'un numéro vert et d'un site internet¹⁶¹² est prévue pour éviter la désinformation importante qui est exercée en ligne. Plus encore, l'article L2212-1 CSP dispose que « *toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement* ».

¹⁶⁰³ L'arrêté du 26 février 2016 relatif aux forfaits afférents à l'interruption volontaire de grossesse vient renforcer ce dispositif en prévoyant le remboursement de tous les actes satellites à une IVG, tant les consultations, les analyses que échographies.

¹⁶⁰⁴ Malgré une mise en œuvre difficile pour les mineures et les femmes étrangères, les mineures se voyaient déjà en théorie rembourser l'intégralité des frais engendrés depuis la loi de 2001.

¹⁶⁰⁵ La loi n° 2007-1986 du 19 décembre 2007 relative au financement pour la Sécurité sociale. L'article 71 de ladite loi modifie en effet les articles L2311-2 et L6323-1 CSP afin de permettre aux centres de santé et de planification familiale de pratiquer des IVG par voie médicamenteuse.

¹⁶⁰⁶ Article 127 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹⁶⁰⁷ En matière d'IVG, cette obligation est ébauchée en 1988 lorsque le décret n° 88-59 du 18 janvier 1988 détermine les catégories d'établissements publics tenus de disposer des moyens permettant de pratiquer des IVG.

¹⁶⁰⁸ Voir la circulaire DGS/DHOS n° 2001-467 du 28 septembre 2001. Trois ans plus tard, la loi 9 août 2004 relative à la santé publique réitère implicitement cette obligation en incluant « *le champ de la contraception et de l'IVG dans les domaines de la santé publique pour lesquels sont fixés des objectifs quantifiés concernant les cinq prochaines années* ». Dans le but de renforcer cette obligation du service hospitalier, le décret 2009-516 du 6 mai 2009 relatif aux interruptions volontaires de grossesse par voie médicamenteuse précise à nouveau que les établissements publics qui disposent de lits ou de places autorisés en gynécologie-obstétrique ou en chirurgie ne peuvent refuser de pratiquer des interruptions volontaires de grossesse. Notons cependant que la liberté des médecins de ne pas pratiquer un avortement reste consacrée.

¹⁶⁰⁹ Voir sur ce point, TELLIER CAYROL V., « L'actualité récente de l'interruption volontaire de grossesse », *Gazette du Palais*, n° 223, 11 août 2015, p. 5.

¹⁶¹⁰ Article 82 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; article L2215-2 CSP. Les femmes sont encore soumises à un délai de réflexion si elles ont souhaité assister à une consultation psycho-sociale

¹⁶¹¹ Cette consultation reste obligatoire pour les jeunes filles mineures qui devront attendre deux jours entre le premier et le second rendez-vous.

¹⁶¹² Voir notamment, le site officiel : <http://www.ivg.social-sante.gouv.fr/>

537. Toutes ces réformes sont validées par le Conseil constitutionnel¹⁶¹³. Il considère, sans contrôle particulièrement approfondi¹⁶¹⁴, qu'aucune de ces lois ne rompt « l'équilibre » établi entre le respect de la dignité de la personne humaine et la liberté individuelle¹⁶¹⁵, que ce soit celle de la femme à interrompre sa grossesse ou celle du médecin de ne pas pratiquer une IVG (*via* la clause de conscience)¹⁶¹⁶.

538. À mesure que la possibilité pour les individus, et plus encore pour les femmes, de faire des choix procréatifs négatifs se trouve renforcée, la protection de *zoe* s'affaiblit. En France, la liberté individuelle de ne pas procréer l'emporte manifestement sur le respect et la sauvegarde de la vie anténatale. En Allemagne, en revanche, le processus de libéralisation est moins linéaire. En effet, si à partir de 1975 le législateur fédéral tente de légaliser l'IVG, de fortes résistances lui sont opposées. La difficile mise en place d'un compromis explique que le régime législatif qui existe aujourd'hui en Allemagne puisse sembler moins libéral qu'en France.

2. La libéralisation en Allemagne

539. En Allemagne, le processus de libéralisation de l'avortement est complexe et bien moins linéaire qu'en France, le législateur devant concilier l'autorisation de l'IVG avec la protection constitutionnelle de la vie anténatale (a). Cela étant, depuis 1995, il semble malgré tout que, dans une moindre mesure qu'en France, la protection de la vie ait bel et bien cédé du terrain à la liberté individuelle (b).

¹⁶¹³ Conseil constitutionnel, DC n° 74-54, 15 janvier 1975, alinéa 9. Voir notamment, HAMON L., « Note sous la décision n° 74-54 », *Dalloz*, 1975, n° s.n., p. 529; RIVERO J., « Note sous la décision n° 74-54 », *Actualité juridique. Droit administratif*, 1975, numéro spécial; FAVOREU L., PHILIPP L., « Interruption volontaire de grossesse. Conformité de la loi aux traités internationaux (non) et au préambule de la Constitution de 1946. Droit à la vie », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1975, Sirey, 1975, p. 357-378; Conseil constitutionnel, DC n° 2001-446, 27 juin 2001, « Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception »; Conseil constitutionnel, DC n° 2014-700, 31 juillet 2014, « Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes »; Conseil constitutionnel, DC n° 2015-727, 21 janvier 2016, « Loi de modernisation de notre système de santé »; Conseil constitutionnel, DC n° 2017-747, 16 mars 2017, « Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse ».

¹⁶¹⁴ WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 2017, p. 557.

¹⁶¹⁵ Conseil constitutionnel, DC n° 2015-727 21 janvier 2016, « Loi de modernisation de notre système de santé », considérant 43 et 44. On peut noter que le Conseil constitutionnel se réfère cette fois au principe de dignité et non au respect de la vie humaine.

¹⁶¹⁶ Par exemple, Conseil constitutionnel, DC n° 2001-446, 27 juin 2001, « Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », considérant 13 : « Considérant qu'aux termes de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi" ; que le cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 rappelle que "Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances" ; que la liberté de conscience constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et considérant 15 « que, si le chef de service d'un établissement public de santé ne peut, en application de la disposition contestée, s'opposer à ce que des interruptions volontaires de grossesse soient effectuées dans son service, il conserve, en application des dispositions précitées du code de la santé publique, le droit de ne pas en pratiquer lui-même ; qu'est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service ; que ces dispositions concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public ». Voir aussi, MATHIEU B., « Une jurisprudence selon Ponce Pilate », *Dalloz*, 2001, p. 2533.

a. Une libéralisation à concilier avec la protection constitutionnelle de la vie anténatale

540. La première loi à autoriser l'IVG en Allemagne est celle du 18 juin 1974¹⁶¹⁷. Elle met en place un régime du *délai*, c'est-à-dire un régime qui entend dépénaliser l'avortement jusqu'à un certain stade de la grossesse - pendant un certain *délai* - indépendamment de toute autre raison. L'alinéa premier du §218 maintient la pénalisation de principe de l'avortement. La femme enceinte bénéficie toutefois d'un traitement de faveur¹⁶¹⁸ puisqu'elle ne peut pas être condamnée à une peine de plus d'un an de prison, alors que les autres protagonistes encourent une peine maximum de trois ans. Le §218a dispose ensuite que « *le médecin qui interrompt la grossesse de la femme enceinte avec son consentement n'est pas punissable si plus de 12 semaines ne se sont pas écoulées depuis la conception* »¹⁶¹⁹. Dans ses grandes lignes¹⁶²⁰, la loi allemande de 1974 est relativement similaire à celle qui est votée en France en 1975 : elle permet à la femme enceinte d'interrompre sa grossesse pendant 12 semaines si elle se rend à une consultation médico-sociale.

541. Toutefois, cette loi est retoquée par la Cour constitutionnelle allemande¹⁶²¹. Elle considère que la loi est contraire à l'article 2 LF car elle ne protège pas assez la vie anténatale, n'étant pas assez dissuasive et désapprobatrice de la pratique de l'avortement¹⁶²². Dans sa décision de 1975, la Cour n'admet pas l'abandon du droit pénal pour encadrer la question de l'interruption de grossesse. Elle estime que seule cette branche du droit permet de montrer à quel point l'ordre juridique entend protéger la vie et réproouve l'avortement :

*« Dans l'ordre juridique, la désapprobation de l'interruption de grossesse doit être clairement exprimée. Il faut éviter que ne soit renvoyée, à tort, l'impression que l'interruption d'une grossesse serait un processus social similaire au fait de se rendre chez le médecin pour soigner une maladie ou à une alternative insignifiante à la contraception. L'État ne peut pas se soustraire à ses responsabilités en abandonnant sa fonction de "juge" et reconnaissant une sphère de non-droit dans laquelle il délègue à chacun le pouvoir de décider »*¹⁶²³.

542. La Cour constitutionnelle ne se laisse pas convaincre par l'argument selon lequel le droit pénal aurait perdu de son pouvoir de contrainte car il n'est plus respecté. Le juge constitutionnel

¹⁶¹⁷ Il s'agit de la cinquième loi portant réforme du droit pénal - Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts, 18 juin 1974.

¹⁶¹⁸ « *Privilegierung* ». En effet, le §218 alinéa 1 prévoit seulement « *peine jusqu'à 3 ans de prison* » pour la femme et §218 alinéa 3 précise que « *si c'est la femme qui pratique l'acte, la peine est d'un an maximum* ».

¹⁶¹⁹ Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts, 18 juin 1974.

¹⁶²⁰ En outre, le §218c prévoit une peine d'un an de prison ou une amende pour le médecin qui interrompt une grossesse sans que, premièrement, la femme enceinte ne se soit préalablement rendue chez un médecin ou dans un centre de consultations agréé afin qu'elle soit informée de la disponibilité des aides publiques et privées d'aide à la grossesse et à la maternité et que, deuxièmement, elle n'ait été conseillée par un médecin. La femme est exclue de cette pénalisation en vertu de l'alinéa 2 du §218c.

¹⁶²¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2). Voir aussi, FREUDIGER K., *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, Verlag Hannover, 1995, p. 36.

¹⁶²² Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹⁶²³ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §152.

estime que le système de la consultation prévu par la loi de 1974 ne sera pas plus approprié que l'interdiction pénale pour protéger la vie anténatale. Il invalide donc le modèle du délai.

543. La loi du 15 mai 1976, édictée après l'invalidation constitutionnelle de la loi de 1974, consacre le régime des *indications*¹⁶²⁴, c'est-à-dire un régime qui n'entend dépénaliser l'avortement qu'en raison d'un motif particulier (*ie.* d'une *indication*) - au regard d'une liste de raisons qu'il convient alors de déterminer - et qui maintient une pénalisation de principe de l'avortement¹⁶²⁵. Ainsi, le §218 du Code pénal allemand maintient une interdiction de principe et le §218a du Code pénal allemand prévoit que l'interruption de grossesse ne sera pas illégale si elle est justifiée par l'une des quatre indications autorisées par la loi¹⁶²⁶ : l'indication médicale (qui entend éviter un danger pour la vie ou la santé physique ou mentale de la femme enceinte)¹⁶²⁷, l'indication eugénique (qui entend éviter un grave problème de santé de l'enfant à naître)¹⁶²⁸, l'indication criminelle (qui entend éviter la naissance de l'enfant issu d'un viol)¹⁶²⁹ et l'indication sociale (qui entend aider les femmes enceintes qui se trouvent dans une profonde situation de détresse)¹⁶³⁰. À première vue, la quatrième indication permet la réalisation d'une IVG dans des conditions assez similaires à celles prévues par la loi allemande de 1974 (ou la loi française de 1975). Toutefois, une grosse différence existe entre la loi allemande de 1974 et celle de 1976 : alors que le régime du délai permet à la *femme* d'évaluer son état de détresse, le régime des indications réserve au *médecin* le droit d'évaluer la

¹⁶²⁴ §218 StGB (version de 1976) : « *Celui qui interrompt une grossesse, est puni d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une amende. Dans les cas particulièrement graves, la peine pour aller de 6 mois à 5 ans de prison. Est considéré comme particulièrement grave le fait pour l'auteur : d'agir sans le consentement de la femme enceinte ; de faire courir à la femme enceinte un risque mortel ou médical. Si c'est la femme qui pratique l'infraction, la peine peut être une amende mais ne peut pas être supérieure à un an de prison. La femme n'est pas pénalisée en vertu de l'alinéa 1 si l'interruption a eu lieu à la suite de la consultation d'un médecin et que moins de 22 semaines se sont écoulées depuis la conception. Le tribunal peut décider de ne pas pénaliser la femme enceinte si celle-ci se trouvait au moment de l'atteinte dans une situation de détresse particulière. La tentative est sanctionnée. La femme ne peut pas être pénalisée pour sa seule tentative.* ».

¹⁶²⁵ Au regard de la décision de la Cour constitutionnelle, les parlementaires n'ont pas vraiment le choix du modèle - ce que certains auteurs critiquent : FREUDIGER K., *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 72 ; JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, *op. cit.*, p. 205. Voir aussi, RUDOLPHI H.J., ROGALL K., « Vorbemerkung vor §218 StGB », *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9ème édition, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2017.

¹⁶²⁶ Dans le premier cas de figure, il n'y a pas de délai légal, dans le second, le délai est de 22 semaines ; et dans le troisième et quatrième cas, le délai est de 12 semaines. Voir le §218a alinéa 3 (version 1976).

¹⁶²⁷ §218 a alinéa 1 (version de 1976) : « *Il est nécessaire que l'interruption soit pratiquée par un médecin, que la femme enceinte y ait consenti et qu'elle soit justifiée, au regard des circonstances de vie présentes et futures de la femme enceinte, par un examen médical, par une volonté d'éviter un danger pour la vie ou la santé physique ou mentale de la femme enceinte et que ce danger ne saurait être évité autrement.* ».

¹⁶²⁸ §218 a alinéa 2, phrase 1 (version de 1976) : « *Les conditions de l'alinéa 1 sont également remplies lorsque l'examen médical constate qu'il existe des raisons urgentes de penser que l'enfant souffrira d'un grave problème de santé en raison d'une maladie génétique ou d'un environnement néfaste, qui est tellement grave que la poursuite de la grossesse ne saurait être exigée.* ».

¹⁶²⁹ §218 a alinéa 2, phrase 2 (version de 1976) : 2. « *Que la femme enceinte a été victime d'une infraction (§176 à 179) et que tout laisse à penser que la grossesse en est le fruit.* ».

¹⁶³⁰ §218 a alinéa 2, phrase 3 (version de 1976) : « *L'interruption de la grossesse est également permise pour permettre à la femme d'échapper à une situation de détresse, qui est tellement grave qu'il ne saurait être exigé de la femme enceinte la poursuite de la grossesse et que cette détresse ne peut pas être écartée autrement que par l'interruption.* ».

situation dans laquelle elle se trouve¹⁶³¹. L'avortement réalisé dans le cadre du modèle des indications est ainsi davantage qualifiable d'interruption *médicale* que *volontaire* de grossesse¹⁶³².

544. Le régime juridique de 1976 essaye ainsi de composer avec la décision de la Cour constitutionnelle et de libéraliser autant que possible l'avortement au regard des restrictions imposées par l'article 2 LF. Le compromis trouvé réside dans une dépénalisation de l'avortement conditionnée par le constat médical d'une indication¹⁶³³. Cependant, au moment de la réunification, la question du régime juridique de l'avortement se pose à nouveau. En effet, l'Allemagne de l'Est est dotée d'un régime bien plus libéral que celui prévu à l'Ouest par la loi de 1976. Or, la RFA n'entend pas revenir à une législation plus restrictive. Les gouvernements de la RFA et de la RDA doivent donc élaborer un nouveau compromis, sous peine de faire échouer la réunification des deux Allemagnes¹⁶³⁴.

545. À ces fins, la loi du 27 juillet 1992 sur les conflits de grossesse libéralise le régime juridique de l'avortement en rétablissant le régime du délai. Le modèle mis en place autorise dès lors

¹⁶³¹ Voir, indirectement, FREUDIGER K., *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶³² Par ailleurs, le §218 b permet - en dehors de la première indication - de sanctionner le médecin qui pratique un avortement alors que la femme ne s'est pas rendue, au moins trois jours avant l'opération, chez un conseiller afin de se voir informer des différentes aides publiques et privées et chez un premier médecin afin d'être informée des aspects médicaux significatifs de la procédure. Il résulte indirectement de cette disposition que le médecin qui pratique l'IVG doit donc être différent du médecin qui s'occupe de la première consultation. Le second médecin a l'obligation, sous peine de sanction pénale, de s'assurer de l'existence écrite d'une indication constatée par le premier médecin et de sa véracité. Il importe toutefois de souligner que ces trois sanctions ne concernent pas la femme (§219 et suivants). Quoi qu'il arrive, celle-ci ne peut jamais être pénalisée dès lors qu'elle a assisté à une consultation psycho-sociale et que l'avortement est réalisé dans un délai de 22 semaines. La loi essaye ainsi d'affaiblir les cas dans lesquels la femme peut être pénalisée. Elle tend, par ailleurs, à souligner l'importance de la consultation. Elle tente de mettre en pratique la stratégie prévue par la loi de 1974 en faisant de l'entretien le cœur du nouveau système. De plus, dans la mesure où l'avortement est réalisé sur le fondement d'une *indication*, il s'agit donc d'une d'IMG. Par conséquent, l'interruption est prise en charge par la Sécurité sociale (§200^e de la *Reichversicherungsordnung* modifié par la loi 28 août 1975 - Gesetz über ergänzende Massnahmen zum Fünften Strafrechtsreformgesetz, 28 août 1975. Voir sur ce point, KAUSCH E., *Soziale Beratung Schwangerer Ziel und Wege der Beratung nach §218b n° 1.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 12.

¹⁶³³ De nombreuses réticences s'observent. Tout d'abord, on peut remarquer que les juges contrôlent strictement la manière dont le corps médical qualifie l'indication sociale. Voir notamment, BGH, 09 juillet 1985 - VI ZR 244/83 : « Dans le cas d'un échec d'une interruption fondée sur l'indication sociale, les frais d'entretien de l'enfant ne peuvent être pris en charge par le médecin, dès lors que la situation sociale et financière de la mère se développe favorablement, de telle sorte qu'il n'apparaît pas que l'indication sociale était réellement justifiée ». Ensuite, en 1988, lors du procès de Memmingen, qui connaît en Allemagne une certaine notoriété, le tribunal opte à nouveau pour une interprétation restrictive de l'indication sociale. En l'espèce, un médecin et 156 de ses patientes sont poursuivis pour avortement illégal¹⁶³³. L'illégalité de l'acte réside notamment dans l'absence d'indication sociale - AG Memmingen, 14 avril 1988 ; LG Memmingen, 6 décembre 1988 ; LG Memmingen, 3 mai 1988. Voir notamment l'article *in* Der Spiegel, « Das sind politisch motivierte Prozesse », 19 septembre 1988. Ensuite, les Länder refusent, pour beaucoup, de financer les centres de consultations psycho-sociales s'ils n'orientent pas expressément la consultation en faveur de la poursuite de la grossesse. Voir notamment les directives édictées par le Baden Wurtemberg en 1977 puis en 1985 citées par KAUSCH E., *Soziale Beratung Schwangerer Ziel und Wege der Beratung nach §218 b n° 1.*, *op. cit.*, p. 17 ; FÄRBER-HUSEMANN R., DÄUBLER-GUMELIN H., *§218 Der tägliche Kampf*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁶³⁴ RUDOLPHI H.J., ROGALL K., « Vorbemerkung vor §218 StGB », *op. cit.*

l'interruption *volontaire* de grossesse¹⁶³⁵. Cependant, la Cour constitutionnelle invalide à nouveau partiellement cette loi.

546. Le 28 mai 1993, la Cour réaffirme la primauté de la sauvegarde de la vie anténatale sur la possibilité pour une femme d'interrompre sa grossesse, au nom de l'article 1 LF sur la dignité humaine et de l'article 2 LF sur la vie¹⁶³⁶. La Cour considère que l'IVG doit rester perçue comme *illégale* et qu'une obligation de « *poursuite de la grossesse* »¹⁶³⁷ pèse par principe sur les femmes enceintes. En revanche, et c'est là un revirement important par rapport à sa décision de 1975, la Cour admet que le législateur puisse ne pas utiliser le droit pénal pour protéger la vie anténatale. Il peut effectivement opter pour un système social structuré autour de la consultation¹⁶³⁸, dès lors que cette consultation aide la femme à trouver une solution à la situation conflictuelle dans laquelle elle se trouve¹⁶³⁹, tout en l'encourageant à garder l'enfant¹⁶⁴⁰. Le but de la consultation doit en effet être dissuasif vis-à-vis de l'avortement. La Cour considère qu'une IVG ne peut jamais être considérée comme légale : la loi peut certes prévoir une cause d'exonération *subjective* - ce qui maintient l'acte dans le champ de l'illégalité tout en suspendant l'application de la peine - mais pas une cause d'exonération *objective* car une telle cause ne permet pas d'affirmer l'illégalité de l'acte. Cette qualification rend par ailleurs impossible une prise en charge financière de l'avortement par la

¹⁶³⁵ Son article 13 modifie le Code pénal : Le §218 maintient certes toujours une pénalisation de principe mais le §218 a alinéa 1 consacre le modèle du *déla*i. Il prévoit une cause d'exonération objective de responsabilité pénale si l'avortement est pratiqué dans les douze premières semaines de la grossesse. Il doit, par ailleurs, être réalisé par un médecin après la remise d'une attestation prouvant que la femme a assisté au moins trois jours auparavant à une consultation psycho-sociale dans un centre (§219 du Code pénal). En outre, le §218 a alinéa 2 consacre en parallèle le modèle des *indications*, c'est-à-dire la légalité des interruptions *médicales* de grossesse. Il reprend à ces fins la liste des indications de la loi de 1976. Il existe donc deux régimes concurrents : celui du *déla*i et des *indications*. Dans le premier cas, l'interruption *volontaire* est possible mais reste illégale. Seule une *suspension* de la peine est envisagée si les conditions légales sont réalisées. Dans le second cas, l'interruption *médicale* - le terme devant ici être entendu au sens large - est possible si une indication est constatée par le médecin. Elle est légale. De plus, la nouvelle loi exclut la femme du champ de la pénalisation du §218 si elle assiste à une consultation et que 22 semaines ne se sont pas écoulées avant l'intervention. Le §218b maintient toutefois une possible pénalisation si le second médecin pratique une intervention alors qu'aucune indication n'a été constatée par le premier médecin du centre de consultations. La loi impose également que l'avortement soit pratiqué dans un établissement dont les dispositifs médicaux sont suffisants pour assurer les soins post-IVG. Les autorités supérieures compétentes dans chaque Land doivent en outre assurer une offre suffisante - aussi bien d'un point de vue quantitatif que géographique - pour des IVG ambulatoires et stationnaires. La loi cherche donc à garantir un cadre sanitaire à la pratique des avortements. Elle ne prévoit toutefois que la prise en charge financière des interruptions de grossesse réalisée sur le fondement d'une *indication* (§24 b livre 5 du Code social).

¹⁶³⁶ BVerfG, 4 août 1992 - BVerfGE 86, 390. La Cour prononce tout d'abord une suspension provisoire de la loi de 1974 jusqu'à la décision sur le fond : BVerfG, 16 juin 1993 - BVerfGE 88, 203. Voir notamment, FREUDIGER K., *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 91.

¹⁶³⁷ BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203, considérant 3 : « L'interdiction de l'interruption de grossesse est intrinsèquement liée à l'obligation de poursuivre sa grossesse et sont deux éléments inséparables de la protection constitutionnelle. L'interruption de grossesse doit apparaître comme illégale pour la durée totale de la grossesse. La vie ne peut pas être mise à la disposition des tiers, pas même de la mère ».

¹⁶³⁸ Voir sur ce point, ESER A., « Schwangerschaftsabbruch : Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils », *Juristische Zeitung*, 94, p. 503.

¹⁶³⁹ Le droit allemand parle de « conflit de grossesse » : « *Schwangerschaftskonflikt* ».

¹⁶⁴⁰ BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203, considérant 12 : « Un tel concept de consultation nécessite des conditions cadres précises, qui prévoient un agissement de la femme en faveur de la vie à naître. L'État est entièrement responsable de la mise en œuvre de la procédure de consultation. L'obligation étatique de protection de la vie nécessite que - dans l'intérêt de la femme - les médecins présents cherchent à favoriser la protection de la vie ».

Sécurité sociale car l'acte reste *per se* illégal. Le législateur se doit en effet de montrer que l'avortement est *désapprouvé* par l'ordre juridique¹⁶⁴¹.

547. À la suite de la décision de la Cour constitutionnelle, le législateur est contraint de modifier la loi de 1992, afin que l'IVG ne soit pas perçue comme un acte banal. Il complète la loi de 1992 par la loi du 21 août 1995. Le législateur semble ici faire son possible pour contourner les injonctions de la Cour. Au regard de la nouvelle loi, une femme peut interrompre sa grossesse dans un délai de 12 semaines dès lors qu'elle s'est rendue à une consultation psycho-sociale obligatoire qui poursuit expressément des fins dissuasives au nom de la protection de la vie¹⁶⁴². Les §218 et suivants du Code pénal prévoit l'existence de deux régimes concurrents : celui du *délai* (qui autorise la femme à interrompre sa grossesse dans les 12 premières semaines de la grossesse si elle se rend à une consultation psycho-sociale mais maintient l'IVG dans le champ de l'illégalité, ne prévoyant qu'une *suspension* de la peine) et celui des *indications* (qui légalise pleinement l'IMG). Le régime juridique de l'avortement est moins permissif en Allemagne qu'en France puisque l'IVG y est toujours pénalisée par principe. Le législateur autorise malgré tout les femmes à interrompre leur grossesse, admettant donc, dans certains cas, des atteintes à la vie de moins de 12 semaines. Qui plus est, depuis 1995, quelques réformes, fussent-elles moins considérables qu'en France, tentent de libéraliser l'accès à l'IVG en Allemagne.

b. Un aménagement législatif permettant la réalisation de choix procréatifs

548. Malgré les contraintes imposées par la Cour constitutionnelle au législateur, ce dernier tente malgré tout de libéraliser le régime.

549. Ainsi, faut-il, dans un premier temps, observer que la disposition du Code pénal relative à la fonction dissuasive de la consultation psycho-sociale est complétée par des dispositions de la loi sur les conflits de grossesse de 1992 que le législateur modifie en 1995 (après la décision d'invalidation partielle de la Cour constitutionnelle). Or, cette loi est plus libérale que le Code pénal. En effet, si le §219 du Code pénal prévoit une consultation expressément dissuasive, cette loi précise au contraire que « *la consultation imposée par le §219 du Code pénal doit être menée sans parti pris. Elle est fondée sur la responsabilité de la femme. La consultation doit encourager et faire preuve de compréhension, et*

¹⁶⁴¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹⁶⁴² §219 StGB (version actuelle) : « *La consultation sert la protection de la vie à naître. La consultation se doit d'encourager la femme à poursuivre sa grossesse et de lui ouvrir les perspectives d'une vie avec l'enfant. Elle doit l'aider à prendre une décision responsable et consciencieuse. Pour cela la femme doit avoir conscience que l'être conçu a, à chaque stade de la grossesse, un droit à la vie à son endroit, et que c'est la raison pour laquelle, l'ordre juridique n'autorise des avortements que dans des cas exceptionnels, lorsque la femme subit à cause de la grossesse une charge tellement lourde et inhabituelle qu'elle dépasse le seuil de tolérance acceptable. La consultation doit, par des conseils et de l'aide contribuer à surmonter la situation conflictuelle dans laquelle se trouve la femme et l'aider dans une situation de détresse. La loi relative au conflit de grossesse régleme cela plus en détail* ».

non éduquer ou paternaliser. La consultation sert la protection de la vie anténatale »¹⁶⁴³. Même si elle précise la finalité protectrice de la vie de la consultation, cette disposition est rédigée de manière moins radicale que celle du Code pénal. Elle précise que la consultation doit être « non orientée », c'est-à-dire qu'elle « doit être menée sans préjuger de son issue »¹⁶⁴⁴, et qu'elle n'a pas pour but de « traiter avec condescendance les femmes »¹⁶⁴⁵. Le législateur essaye donc de maintenir un régime un tant soit peu fondé sur le respect de la volonté de la femme enceinte¹⁶⁴⁶.

550. Par ailleurs, cette loi renforce les instruments d'information, d'éducation et de prévention relatifs à la sexualité, la contraception et l'avortement afin d'éviter à la femme enceinte de se retrouver dans une situation de « conflit de grossesse »¹⁶⁴⁷. Elle impose aux Länder de prévoir une offre suffisante de centres de consultations. L'État doit, à ces fins, favoriser la reconnaissance de structures indépendantes. La loi précise également que les Länder doivent s'assurer qu'il existe au moins un conseiller disponible à temps plein pour 40 000 habitants¹⁶⁴⁸. Le juge administratif déclare en 2004 que les Länder doivent subventionner tous les centres, y compris ceux qui ne délivrent pas les attestations d'IVG car ces centres sont indispensables à la « sauvegarde d'une offre de consultation diversifiée en termes d'idéologies »¹⁶⁴⁹. Deux lois de 2009 et 2011 renforcent également l'accès à ces centres en diversifiant l'offre de consultations¹⁶⁵⁰ et en cherchant à ce qu'ils soient mieux connus par le public¹⁶⁵¹. De plus, la consultation psycho-sociale est gratuite pour la femme et ses accompagnateurs¹⁶⁵². La révision de 1995 de la loi sur les conflits de grossesse renforce également

¹⁶⁴³ §5 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse (version de 1995).

¹⁶⁴⁴ « Ergebnisoffen ».

¹⁶⁴⁵ « Bevormunden ».

¹⁶⁴⁶ Il y a un débat doctrinal assez conséquent, et partagé, sur la question des finalités de la consultation. Voir, KAUSCH E., *Soziale Beratung Schwangerer Ziel und Wege der Beratung nach §218b n° 1., op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁴⁷ §1 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse (version de 1995).

¹⁶⁴⁸ §4 SchKG. Par ailleurs, illustration supplémentaire d'une tentative de libéralisation du régime, la loi de 1995 rajoute un alinéa 3 au §24 b du livre 5 du Code de la Sécurité sociale visant à renforcer la prise en charge des actes médicaux entourant la réalisation d'une IVG, même si l'acte lui-même n'est pas remboursé.

¹⁶⁴⁹ BVerwG, 15 juillet 2004, 3 C 48.03. Voir aussi VG Hannover 14 janvier 2009, OVG Niedersächsisches, 24 septembre 2010 ; OVG Berlin Brandenburg 5 décembre 2013.

¹⁶⁵⁰ Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes du 26 août 2009 - Loi de modification de la loi sur les conflits de grossesse. Voir notamment le §1 de cette loi qui impose de « mettre à disposition des informations concernant la vie avec un enfant handicapé mentalement ou physiquement. Faire savoir qu'on a droit à une consultation psycho-sociale et de mettre à disposition un carnet d'adresses : groupes de soutien, association de personnes handicapées, association de parents d'enfants handicapés ». De plus, un nouveau §2a prévoit une consultation pour certains cas particuliers, comme, par exemple, un DPN positif.

¹⁶⁵¹ Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz - BKiSchG) du 22 décembre 2011 - Loi de renforcement de la protection active des enfants et des jeunes. Le §2 de cette loi précise que « la consultation en lien avec l'éducation sexuelle, la contraception, la planification familiale ou la grossesse peut rester anonyme » et le §4 prévoit que « dans le but d'informer la population sur l'existence des centres de consultation et donc pour assurer une consultation efficace, les centres de consultations doivent intervenir dans les réseaux sur le fondement du §3 de la loi sur la coopération et l'information en matière de protection des mineurs ».

¹⁶⁵² §6 alinéa 4 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

les possibilités d'aides financières pour les femmes dans une situation sociale difficile¹⁶⁵³ *a priori* généreusement accordées *dans les faits*¹⁶⁵⁴.

551. Dans un autre registre, en 1999, les pouvoirs publics autorisent la mise sur le marché du Mifegyne © qui permet la réalisation d'IVG médicamenteuses¹⁶⁵⁵.

552. Enfin, l'effectivité de l'accès est renforcée par certaines décisions des juges du fond qui cherchent à condamner l'entrave à l'IVG¹⁶⁵⁶ ou les insultes prononcées à l'encontre des médecins qui pratiquent des avortements¹⁶⁵⁷. En 2011, des juges considèrent même que l'entrave à l'IVG doit être sanctionnée car cela porte atteinte « *aux droits de la personnalité* » de la femme¹⁶⁵⁸. Une telle décision peut être lue comme une forme de reconnaissance de la liberté abortive.

553. En Allemagne, l'importance que la Cour constitutionnelle accorde au droit à la vie¹⁶⁵⁹ complexifie le processus de libéralisation de l'avortement, moins linéaire qu'en France. Cela étant, le législateur accorde malgré tout aux femmes la possibilité de faire des choix procréatifs négatifs. Même si l'IVG est bien plus strictement encadrée qu'en France, le droit admet malgré tout l'atteinte à la vie de moins de 12 semaines. Le législateur cherche même, dans les limites que lui accorde la Cour constitutionnelle, à libéraliser autant que faire se peut l'accès à l'IVG. Partant, il serait possible de croire que, comme en France, la montée en puissance du paradigme de la liberté procréative impose, dans une moindre mesure, un recul de la protection de la vie anténatale.

554. Cependant, il importe désormais de déconstruire l'idée selon laquelle ce sont seulement la souveraineté individuelle qui se situe au cœur de l'encadrement juridique de la contraception et de l'avortement. En effet, il est possible de démontrer que ce n'est pas la montée en puissance du paradigme de l'autonomie procréative qui explique à titre principal la protection discontinuée de *zoe*.

¹⁶⁵³ §5 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

¹⁶⁵⁴ CASE M.A, « Perfectionism and Fundamentalism in the Application of the German Abortion Laws », in WILLIAMS S. (dir.), *Constituting Equality : Gender Equality and comparative constitutional Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 103.

¹⁶⁵⁵ Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, 1999, cité par STARCK C., « Mifegyne und die Abtreibungsgesetzgebung », *NJW*, 2000, Heft 37, p. 2714.

¹⁶⁵⁶ VGH Baden Württemberg, 10 juin 2011, 1 S915/11 ; LG Nürnberg-Fürth, 26 mai 1999 - 2 Ns 407 Js 44671/1997 ; OLG Bayerischen, 8 décembre 1999 - 5St RR 213/99 a, b ; VG Freiburg, 1^{er} décembre 2011 - 4K 1112/11 ; VG Baden Württemberg, 11 octobre 2012 - 1S 36/12. Sur ce point, voir également SATZGER H., « Der Schutz ungeborenen Lebens durch Rettungshandlungen Dritter », *JUS*, 1997, Heft 9, p. 800.

¹⁶⁵⁷ OLG Nürnberg, 27 novembre 2006 ; OLG Karlsruhe, 28 février 2008. Contra : BVerfG, 24 mai 2006, 1 BvR 1060/02 : si les protestataires peuvent être contraintes de quitter les lieux (*Unterlassungsklage*) ; ils ne peuvent toutefois pas être condamnés pour insultes, une telle condamnation violant leur droit à la liberté d'expression consacrée par l'article 5 de la LF ; BVerfG, 08 juin 2010, 1 BvR 1745/06.

¹⁶⁵⁸ Par exemple : VGH Baden Württemberg, 10 juin 2011, 1 S915/11. Voir aussi, BVerfG, 27 octobre 1998 - BVerfGE 98, 265 : la Cour constitutionnelle invalide ainsi les dispositions d'une loi bavaroise qui conditionne la réalisation des IVG à un agrément du Land pour lequel les conditions de délivrance sont strictement définies. Même si cette loi est avant tout invalidée pour des raisons de compétence, le législateur bavarois se voit malgré tout dans l'impossibilité de restreindre de manière trop importante l'accès à l'IVG dans son Land.

¹⁶⁵⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

Section 2. La liberté procréative négative, logique seulement incidente de la protection discontinue de la vie

555. L'encadrement juridique de la contraception et de l'avortement n'est pas seulement travaillé par le paradigme de la liberté procréative. Le droit positif accorde indéniablement une liberté procréative aux individus en leur concédant la possibilité de faire des choix procréatifs négatifs. Mais, ce n'est pas autour d'une approche radicale de l'idée de *liberté* ou d'*autonomie* que se structure cet encadrement juridique. En ce sens, il faut tout d'abord souligner qu'aucun énoncé de droit positif, que ce soit en droit européen, français ou allemand, ne présente la contraception ou l'avortement comme un *droit individuel*, auquel l'accès *devrait* donc être impérativement garanti aux individus¹⁶⁶⁰ (**sous-section 1**). Au-delà des énoncés juridiques, on peut ensuite constater, lorsque l'analyse se porte sur la manière concrète dont s'organise le régime juridique de la contraception et de l'avortement, que ce n'est pas l'individu mais le médecin qui est placé au cœur de l'encadrement. Ainsi, tandis que le droit autorise la contraception et l'avortement, légitimant par ce biais des atteintes à la vie anténatale, c'est un nouveau modèle de gestion des comportements procréatifs (négatifs) qui se met en place, fondé sur la *médicalisation* et mettant en lumière la mise en œuvre par le droit d'une nouvelle forme de *biopolitique déléguée*¹⁶⁶¹ des comportements procréatifs (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Analyse du droit positif : une autonomie procréative négative en trompe-l'œil

556. Il n'existe pas d'énoncé de droit positif qui rattache expressément la question de la contraception et de l'avortement à la sphère de l'autonomie procréative (I). Qui plus est, la rhétorique libérale s'accompagne très largement de dispositifs visant la *responsabilisation* des comportements procréatifs. Dans le cadre procréatif, ces processus cherchent, par exemple, à *orienter* les comportements procréatifs des individus vers la planification familiale. La rhétorique de la responsabilisation tend à encourager les individus à enfanter de manière responsable, c'est-à-dire de manière planifiée, mais non à faire un choix autonome, tel que renoncer à la procréation (II).

¹⁶⁶⁰ Cf. *supra* (introduction) ; *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁶⁶¹ MEMMI D., TAÏB E., « Les recompositions du faire mourir : vers une biopolitique d'institution », *Sociétés contemporaines*, 2009/3, n° 75, §19. Voir aussi MEMMI D., « Administrer une matière sensible. Conduites raisonnables et pédagogie par corps autour de la naissance et de la mort », in FASSIN D., MEMMI D. (dir.), *Le gouvernement des corps*, Paris, EHESS, 2004, p. 136.

I. L'absence de consécration d'une autonomie procréative négative

557. Malgré la puissance normative apparente des notions d'autonomie personnelle ou de libre épanouissement de la personnalité, aucun énoncé de droit positif ne consacre de *droit à la contraception* ou à l'avortement. Que ce soit en droit européen des droits de l'homme (**A**) ou à l'échelle nationale, en droit français ou allemand (**B**), la consécration du concept d'autonomie personnelle n'a pas mené à la consécration d'une autonomie procréative négative.

A. L'absence de consécration en droit européen

558. Les arrêts de la CEDH *Boso contre Italie* de 2002, *Tysiac contre Pologne* de 2008 ou *A, B et C contre Irlande* de 2011 rattachent la question de l'avortement à la sphère protégée de la vie privée par l'article 8 CESDH. Cependant, comme l'énonce expressément la Cour, dans l'arrêt *A, B et C contre Irlande*, « étant donné qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États, de sorte qu'il est impossible de répondre à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention [...] l'article 8 ne saurait en conséquence s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement »¹⁶⁶². Dans ces trois affaires, les trois requérantes irlandaises avaient interrompu leur grossesse en Angleterre, l'avortement étant interdit dans leur pays. À propos des deux premières requérantes qui demandaient une interruption de grossesse, la Cour déclare que,

« considérant que les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, la Cour estime qu'en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie [...] et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être sur son territoire, l'État irlandais n'excède pas la marge d'appréciation dont il jouit en la matière. Aussi considère-t-elle que l'interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre le droit des première et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître ».

559. Si la Cour admet la violation de la Convention en ce qui concerne la troisième requérante¹⁶⁶³, c'est parce que sa grossesse mettait sa vie en danger. Cette mise en danger explique que la Cour considère que « faute d'avoir adopté des dispositions législatives et réglementaires instituant une procédure accessible et effective au travers laquelle la requérante aurait pu faire établir si elle pouvait ou non avorter en Irlande »¹⁶⁶⁴ l'Irlande n'a pas respecté l'article 8 de la Convention. Ce n'est toutefois pas l'idée

¹⁶⁶² CEDH, *A, B et C contre Irlande*, 16 décembre 2010, n° 2557905, §214. Selon DEBOUT E., « La CEDH et la limitation constitutionnelle de l'avortement : une question procédurale ? », *Constitutions*, 2011, p. 213 : « Il s'agit bien à notre sens et malgré les apparences d'une reconnaissance implicite d'un droit à l'avortement ».

¹⁶⁶³ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁶⁶⁴ CEDH, *A, B et C contre Irlande*, 16 décembre 2010, n° 2557905, §135.

selon laquelle les femmes disposeraient, quelles qu'en soient les raisons, d'un *droit* ou d'une *liberté* d'interrompre leur grossesse qui explique le constat de violation de la Cour¹⁶⁶⁵. Plus généralement, c'est une approche *procédurale* de la question de l'avortement qui guide le raisonnement de la Cour dans ces différents arrêts. En effet, dans les arrêts *Tysiac contre Pologne*, *A, B et C contre Irlande*, ou encore *R.R. contre Pologne*¹⁶⁶⁶, la Cour reproche avant tout aux États membres une législation manquant de clarté ou de cohérence. Comme le souligne Inès GALLMEISTER, ce n'est pas « *la question de savoir si la législation polonaise est conforme à la Convention* »¹⁶⁶⁷ qui se pose « *mais d'apprécier si la mise en œuvre de cette législation respecte les intérêts protégés par le texte* »¹⁶⁶⁸. Ce que la Cour examine, « *c'est l'application concrète et non sa position de principe en matière d'avortement* »¹⁶⁶⁹. La Cour évalue si la législation interne respecte bien le cadre qu'elle s'est fixée et qu'elle le met en œuvre de manière efficace. Mais elle n'examine pas si le respect du principe d'autonomie décisionnelle de la femme enceinte - dont on aurait pu croire qu'il était lié à celui d'autonomie procréative - permet effectivement d'accéder à une interruption de grossesse.

560. À l'échelle interne, l'absence de rattachement de la question de la contraception ou de l'avortement à la sphère de l'autonomie procréative est encore plus manifeste, particulièrement en Allemagne, où le maintien de la pénalisation de principe de l'avortement empêche son appréhension comme une véritable *liberté* ou comme un *droit* de ne pas procréer.

B. L'absence de consécration en droit français et allemand

561. Que ce soit en France ou en Allemagne, aucun énoncé juridique ne consacre de *droit* à la contraception ou à l'avortement. Plus encore, un certain nombre d'obstacles juridiques à l'accès pleinement libre à l'avortement indique que les choix procréatifs ne peuvent s'exercer que dans un cadre juridiquement contraignant. L'analyse de ces obstacles met à mal l'idée selon laquelle les individus disposeraient désormais d'un droit à l'autonomie procréative ou que c'est l'idée de *liberté* qui expliquerait que des atteintes à *zoe* soient autorisées en matière de contraception ou d'avortement, en France (1) et en Allemagne (2).

¹⁶⁶⁵ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Vademecum à l'usage de la CEDH - la théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de splendide isolement », *Dalloz*, 2011, p. 1360 ; ROMAN D., « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », *RDSS*, 2011, p. 293.

¹⁶⁶⁶ CEDH, *R. R. contre Pologne*, 26 mai 2011, n° 2761704.

¹⁶⁶⁷ GALLMEISTER I., « La législation polonaise relative à l'avortement à l'épreuve de la CEDH », *Dalloz actualité*, 27 juin 2011.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*

1. En droit français

562. En France, certaines limites persistent en droit positif, attestant de l'absence de consécration d'un droit à l'autonomie procréative. En effet, malgré une incontestable libéralisation du régime de l'IVG en France¹⁶⁷⁰, deux nuances peuvent *a minima* être observées¹⁶⁷¹. Elles prouvent que ce n'est toujours pas pleinement le paradigme de l'autonomie procréative qui structure - et légitime - les récentes évolutions.

563. En premier lieu, l'avortement continue d'être présenté comme un *drame* par le discours juridique¹⁶⁷². L'article L2211-2 CSP dispose ainsi qu'« *il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L2211-1 [relatif à la protection de la vie] qu'en cas de nécessité* ». En se référant à la nécessité, il assimile l'avortement à la « *situation dans laquelle une personne est contrainte de commettre un acte [illégal] [...] pour sauvegarder ses intérêts* »¹⁶⁷³. Seule la nécessité - et non l'autonomie - justifie donc le recours à l'IVG¹⁶⁷⁴. Cette dramatisation est également illustrée par la disposition du Code de santé publique qui énonce qu'« *en aucun cas l'interruption volontaire de grossesse ne doit constituer un moyen de régulation des naissances* »¹⁶⁷⁵. Cette disposition met en lumière une crainte de la banalisation de l'IVG, qui tend davantage à dissuader les femmes d'interrompre leur grossesse qu'à les soutenir dans le parcours d'IVG¹⁶⁷⁶.

564. En deuxième lieu, l'existence d'une clause de conscience spécifique à l'avortement participe à cette dramatisation. En effet, même si l'article R4127-47 CSP permet déjà aux médecins de refuser individuellement de soigner une personne pour des raisons personnelles ou professionnelles¹⁶⁷⁷, en matière d'IVG l'article L2212-8 CSP précise à nouveau qu'

¹⁶⁷⁰ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁶⁷¹ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁶⁷² Et notamment doctrinal, BINET J.R., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 161 : « *L'acte est grave* ».

¹⁶⁷³ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil*, Yvons Blais, Montréal, 2017, p. 83.

¹⁶⁷⁴ Ce n'est certes plus la *nécessité* au sens pénal du terme dont il est question ici mais d'un argument politique, visant à refuser toute forme de banalisation de l'IVG.

¹⁶⁷⁵ Article L2214-2 CSP.

¹⁶⁷⁶ En ce sens, il est également possible de rappeler la virulence des oppositions à la suppression du délai de réflexion laquelle reflète elle aussi cette dramatisation (en ce sens, voir notamment, l'amendement n° 1298, 30 mars 2015 ; l'amendement n° 764 présenté par Mme Maréchal-Le Pen et M. Collard ; l'amendement n° 1314 présenté par M. Bompard). Guidés par une crainte de la banalisation de l'avortement, les opposants affirment en 2015 que l'avortement ne saurait être un « *droit* » car ce n'est pas un « *acte anodin* ». Ils insistent sur les conséquences néfastes de l'avortement pour les femmes, tant sur le plan psychologique que physique et la nécessité de les protéger contre une décision qu'elles pourraient regretter. La véhémence des réactions n'a en effet que peu à voir avec la sauvegarde de la vie anténatale car il est peu probable que la suppression du délai influence le nombre d'IVG pratiquées - et donc le nombre de vies sauvées - d'autant plus qu'un délai persiste *de facto* entre les deux (ou trois) rendez-vous médicaux nécessaires à la réalisation de l'avortement.

¹⁶⁷⁷ Article R4127-47 CSP : « *Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles* ».

« un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L2212-2. Aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse ».

565. Cette clause de conscience limite en partie l'effectivité de l'accès à l'IVG. En principe, le médecin est tenu d'informer « *sans délai, l'intéressée de son refus et [de] lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L2212-2* »¹⁶⁷⁸. Mais il n'est pas rare que la femme ne soit pas redirigée vers un autre médecin¹⁶⁷⁹, soit pour des raisons pratiques (tenant notamment à l'absence de liste générale des personnes pratiquant des IVG à la disposition des professionnels de santé), soit pour des raisons religieuses ou philosophiques. Dans un tel cas de figure, le médecin n'encourt pas de sanction¹⁶⁸⁰.

566. En troisième lieu, il faut souligner que la procédure mise en place par la loi reste contraignante puisque le parcours de soin ne comprend pas moins de cinq rendez-vous. L'IVG doit impérativement être pratiquée par un médecin, dans un établissement de santé agréé¹⁶⁸¹ et dans un délai de douze semaines. La femme doit prendre un premier rendez-vous avec un médecin qui l'informerait des risques « *relatifs aux risques et aux effets secondaires de cette pratique* »¹⁶⁸² (rendez-vous 1)¹⁶⁸³ - sans pour autant l'informer en parallèle des risques et effets secondaires liés à la grossesse et à l'accouchement¹⁶⁸⁴. Il s'en suit souvent une échographie et une prise de sang¹⁶⁸⁵

¹⁶⁷⁸ Article L2212-8 alinéa 2 CSP.

¹⁶⁷⁹ AUBIN C., JOURDAIN-MENNINGER D., *La prise en charge des interruptions volontaires de grossesse*, IGAS, *op. cit.*, p. 32 : en Île-de-France par exemple, la moitié des établissements ne peuvent donner un rendez-vous dans les délais « *Sur 56 établissements, seuls 16 pouvaient donner un rendez-vous permettant de réaliser une IVG dans les délais : 22 n'avaient pas de créneau de libre avant 3 semaines voir un mois, 17 ne font pas d'IVG entre la 12^{ème} et 14^{ème} semaine d'aménorrhée, 11 ne sont pas du secteur, 11 évoquent la clause de conscience, 5 ne pratiquent que jusqu'à 10/11^{ème} semaines d'aménorrhée, 4 n'ont pas de procédure d'urgence, 4 rétorquent que la loi n'oblige pas les médecins à faire jusqu'à 12/14^{ème} semaines d'aménorrhée, 1 établissement ne veut pas risquer sa réputation en faisant des IVG hors délai et 1 n'a pas le matériel adéquat* ».

¹⁶⁸⁰ Voir notamment sur cette question, DUMORTIER T., « La loi IVG : l'effectivité de quel droit ? », in CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 120 ; GRÜNDLER T., « Une clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison », *Droits et cultures*, 1974/2017, p. 155.

¹⁶⁸¹ De plus, soulignons que la procédure d'agrément est complexe : Dans un premier temps, il s'agit principalement des établissements publics. Le décret 75-750 du 7 août 1975 pris pour l'application de l'ancien article L-176 CSP impose une autorisation préfectorale aux établissements privés souhaitant recevoir habituellement (à titre onéreux ou gratuit) des femmes voulant recourir à un avortement (le législateur craint un « marché de l'IVG » dans un but essentiellement lucratif). Si l'autorisation est accordée, l'établissement privé doit notifier au préfet la liste du personnel qui exercera dans cet établissement. Toute modification doit faire l'objet d'une déclaration immédiate. Le décret précise également que la personne dirigeant cet établissement doit avoir été agréée par le préfet et présenter « toutes garanties de moralité ». Ces établissements sont soumis à la surveillance des autorités préfectorales (qui peuvent pénétrer à toute heure et de la nuit pour procéder éventuellement aux investigations qu'ils jugent utiles). Le nombre d'IVG ne peut pas dépasser un quart des actes chirurgicaux et obstétricaux sous peine de fermeture de l'établissement.

¹⁶⁸² Article L2212-3 CSP.

¹⁶⁸³ Article L2212-2 CSP.

¹⁶⁸⁴ Article L1111-2 CSP : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». En l'occurrence, les conséquences prévisibles en cas de refus de l'IVG - c'est-à-dire la poursuite de la grossesse et l'accouchement - ne sont pas présentées d'un point de vue médical.

(rendez-vous 2). La femme concernée peut, si elle le souhaite, se rendre à une consultation psychosociale¹⁶⁸⁶ afin de recevoir une attestation (rendez-vous 3 facultatif). Elle doit ensuite, après un délai souvent *de facto* de deux jours, se rendre à un nouveau rendez-vous médical. Elle doit y consentir par écrit à l'IVG (rendez-vous 4)¹⁶⁸⁷. Ce médecin lui donnera alors un dernier rendez-vous pour pratiquer l'IVG (rendez-vous 5). S'il refuse, il doit lui restituer sa confirmation écrite et la femme doit alors trouver un autre médecin. À la suite de l'acte abortif, un rendez-vous post-IVG est également prévu (rendez-vous 6) afin notamment d'assurer l'information de la femme en matière de contraception¹⁶⁸⁸. De plus, un certain nombre de pièces et formulaires administratifs est demandé¹⁶⁸⁹. Les jeunes filles mineures souhaitant interrompre une grossesse doivent, par ailleurs, être accompagnées d'une personne majeure. L'IVG est en outre le seul acte médical ou médico-chirurgical qui nécessite une déclaration spécifique pour ne pas être illégal¹⁶⁹⁰. La procédure est donc complexe, rigide et longue.

2. En droit allemand

567. En Allemagne, plusieurs éléments permettent également de douter de l'existence d'un droit à l'autonomie procréative, que ce soit dans le cadre contraceptif ou abortif.

568. En premier lieu, des doutes peuvent être émis en raison de l'absence de prise en charge de la contraception pour les assurées de plus de 20 ans. En effet, au regard de la célèbre formule de la CEDH, la garantie des droits ne doit pas être « *théorique ou illusoire, mais pratique et effective* »¹⁶⁹¹. En ce sens, la CEDH considère dès 1979 que le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 n'est pas effectif si l'État ne donne pas au justiciable les moyens concrets de se pourvoir en justice¹⁶⁹². À l'aune de cette jurisprudence, il est permis de douter d'un *droit* à la contraception alors même que l'État ne fournit pas aux individus de plus de 20 ans les possibilités concrètes et financières

¹⁶⁸⁵ MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *Politix*, 2014/3, n° 107, p. 42.

¹⁶⁸⁶ Article L 2212-4 CSP.

¹⁶⁸⁷ Article L2212-5CSP.

¹⁶⁸⁸ Article L2212-9 CSP.

¹⁶⁸⁹ MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *op. cit.*, p. 46.

¹⁶⁹⁰ Article L2212-10 CSP. Voir aussi, NISAND I., *L'IVG en France - Propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les Femmes*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁹¹ On peut s'appuyer ici sur la célèbre formule de la CEDH : « *Le principe selon lequel la Convention est censée garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais pratiques et effectifs* ». Voir notamment, CEDH, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37.

¹⁶⁹² CEDH, *Airey contre Irlande*, 9 octobre 1979, n° 628973, §26 : « *L'article 6-1, s'il garantit aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs "droits et obligations de caractère civil", laisse à l'État le choix des moyens à employer à cette fin. L'instauration d'un système d'aide judiciaire - envisagée à présent par l'Irlande pour les affaires ressortissantes au droit de la famille - en constitue un, mais il y en a d'autres, par exemple une simplification de la procédure. Quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer ; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6 -1* »

d'accéder à ces méthodes. En deuxième lieu, le cadre juridique apparaît moins libéral en Allemagne qu'en France car à l'exception de la contraception d'urgence, seul un médecin peut délivrer une contraception. Le nombre de personnes et de lieux habilités à délivrer une contraception est même assez restreint. Cela constitue un obstacle factuel à un accès généralisé à la contraception et à l'existence d'un droit effectif à l'accès aux contraceptifs pour tous.

569. En second lieu, il est impossible de parler d'un *droit à l'avortement* en Allemagne¹⁶⁹³. En effet, même si la Cour constitutionnelle mentionne l'existence d'un droit à l'autodétermination des femmes, elle affirme la primauté du droit à la vie sur ce dernier. Elle considère précisément qu'il n'existe *aucun* droit pour la femme d'interrompre sa grossesse mais, au contraire, une obligation de la mener à terme : « *L'ordre juridique n'a pas le droit de faire de l'autodétermination de la femme la seule ligne directrice de sa réglementation. L'État doit en principe poser une obligation de poursuivre sa grossesse, l'interruption devant être regardée comme contraire au droit* »¹⁶⁹⁴. Par ailleurs, le §218 du Code pénal allemand maintient toujours une pénalisation de principe afin que la *désapprobation* de l'IVG par l'ordre juridique soit toujours visible. En Allemagne, en raison notamment de l'interprétation faite par la Cour constitutionnelle de l'article 2 de la LF, le processus de libéralisation, long et difficile, n'aboutit en effet pas à une dépénalisation totale de l'avortement¹⁶⁹⁵. Si le régime mis en place en 1995 permet certes aujourd'hui aux femmes d'interrompre volontairement leur grossesse, l'accès reste cependant, en comparaison de la France, plus complexe. Il l'est d'un point de vue symbolique : l'avortement reste pénalisé par principe. Il l'est également d'un point de vue procédural : la consultation psycho-sociale est encore obligatoire. Il l'est d'un point de vue matériel : il n'existe aucune obligation pour le service public hospitalier d'organiser des IVG. Et il l'est d'un point de vue financier : l'avortement n'est pas remboursé. Sur de nombreux points, le régime allemand est donc moins libéral que le régime français. Par exemple, même si certains juges cherchent à sanctionner les entraves réalisées à l'IVG¹⁶⁹⁶, il n'existe pas en droit allemand de *délit d'entrave* similaire au droit français. La Cour constitutionnelle a même une interprétation stricte de la question des entraves à l'IVG¹⁶⁹⁷. Elle considère que le fait de proférer des insultes devant et à l'encontre des médecins d'un centre d'IVG est protégé par le droit à la liberté d'expression¹⁶⁹⁸. Ensuite, les quelques actions en justice qui aboutissent à une condamnation sont le plus souvent

¹⁶⁹³ En ce sens, voir les propos d'André Fischer, ancienne ministre de la Santé, cités par GAUDILLIERE J.P., RICHTER M., « Articuler droit des femmes et respect de l'embryon : à propos du débat bioéthique allemand - Entretien avec Andrea Fischer (Grünen) », *Mouvements* n° 27-28, 2003/3, p. 188.

¹⁶⁹⁴ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

¹⁶⁹⁵ §218 StGB.

¹⁶⁹⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁶⁹⁷ Voir notamment, BVerfG, 24 mai 2006, 1 BvR 49/00, NJW 52, 2006, p. 3769. Voir aussi, BVerfG, 08 juin 2010, 1 BvR 1745/06.

¹⁶⁹⁸ BVerfG, 24 mai 2006, 1 BvR 49/00. En général la Cour considère que le juge peut exiger des manifestants qu'ils quittent les lieux. En revanche, une condamnation pénale représente une violation de l'article 5 LF sur la liberté d'expression.

intentées par des centres du planning familial ou des médecins qui craignent pour leur réputation et non par les femmes elles-mêmes, de telle sorte qu'il n'est pas possible de faire découler de ces décisions l'existence d'un droit à l'avortement.

570. Il est vrai qu'il a récemment été question d'abolir le §219a du Code pénal allemand qui interdit toute forme de publicité pour l'IVG¹⁶⁹⁹. En 2017, après qu'une médecin a été condamnée à une amende pour avoir précisé sur son site internet qu'elle pratiquait des IVG¹⁷⁰⁰, les partis de gauche déposent un projet de loi en faveur de l'abolition de cette disposition pénale¹⁷⁰¹. Cependant, même si les porteurs du projet invoquent le « *droit à l'autodétermination* »¹⁷⁰² procréative, leur initiative n'aboutit pas en raison de l'opposition des partis de droite¹⁷⁰³. Par conséquent, le §219a est maintenu en droit positif et permet toujours de pénaliser les médecins lorsqu'ils informent les femmes de leurs services abortifs. Cette disposition constitue toujours un frein à la libéralisation de l'accès, empêchant la pleine diffusion d'informations relatives aux offres d'IVG. Si l'ordre juridique tolère le recours à l'IVG, il n'organise nullement l'effectivité de son accès.

571. Ainsi, les droits français et allemand ne rattachent pas la question de la contraception et plus encore celle de l'avortement à la sphère de l'autonomie procréative. En ce sens, on peut dès maintenant signaler que le droit n'indemnise pas le préjudice résultant de la naissance d'un enfant lorsqu'il est la conséquence du non-recours à une IVG en raison d'une erreur médicale¹⁷⁰⁴. L'accès n'est donc pas garanti au point que son entrave soit considérée par le droit comme un dommage indemnisable¹⁷⁰⁵. Ainsi, si le droit aménage certes une *liberté* de ne pas procréer - en ce qu'il aménage cette *possibilité* - celle-ci ne s'exerce que dans un cadre contraignant. Cette contrainte indique que l'IVG n'est pas appréhendée par le droit comme un *droit* fondé sur l'autonomie procréative.

572. Qui plus est, la liberté qui est concédée aux individus par le droit est *orientée*. Elle est structurée autour de mécanismes incitatifs visant surtout à encourager les individus à *planifier* la naissance de leurs enfants mais non à les soutenir dans leur décision autonome de ne pas procréer.

¹⁶⁹⁹ §219 StGB : « *Celui qui vante, offre, annonce ou explique publiquement, dans le but d'en tirer un avantage financier ou de manière indécente, dans une réunion ou par la publication, la pratique ou la promotion des interruptions de grossesse, que ce soit la sienne ou celle d'un tiers ou les moyens, objets ou procédures qui servent à l'interruption de grossesse, sera puni d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à deux ans ou par une amende* ». Cette disposition ne s'applique pas lorsque les centres de consultations se contentent d'indiquer aux femmes qu'elles sont les médecins qui peuvent pratiquer des IVG ou dans le cas de publications scientifiques.

¹⁷⁰⁰ Voir, en ce sens, l'article de presse disponible sur le *frankfurter allgemeiner Zeitung* : <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/berufungsverfahren-gegen-aerztin-wegen-abtreibungs-werbung-15834112.html>.

¹⁷⁰¹ Voir notamment, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Aufhebung des Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche, Drucksache 19/93, 22.11.2017. Voir aussi, les débats parlementaires BT, 14^{ème} séance, 22 février 2018, p. 1221 et suivantes.

¹⁷⁰² BT, 14^{ème} séance, 22 février 2018, Ullrich, p. 1222.

¹⁷⁰³ BT, 14^{ème} séance, 22 février 2018, Mariana Iris Harder-Kühnel, p. 1226.

¹⁷⁰⁴ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁷⁰⁵ Cf. *supra* (introduction).

Par conséquent, il est difficile de considérer que l'autonomie procréative structure le régime juridique de la contraception ou de l'avortement et expliquerait les atteintes à la vie autorisées dans ce cadre.

II. Autonomie procréative et responsabilité

573. Les individus ne sont pas encouragés à utiliser la contraception et l'IVG comme ils l'entendent. Leur mise en œuvre est en effet *orientée* par des techniques de *responsabilisation* qui cherchent à encourager la *planification familiale* mais nullement la pleine autonomie décisionnelle dans le domaine procréatif. Ces techniques se manifestent tant dans le droit positif que dans les discours entourant la libéralisation de la contraception (A) et l'avortement (B).

A. Contraception et responsabilité

574. En 1967, en France, lors de la libéralisation de la contraception, l'une des finalités centrales de la dépénalisation n'est pas d'accorder aux individus la pleine jouissance de leur capacité reproductive mais de les encourager à *planifier* les naissances. L'idée de *planification*, qui signifie « *organiser selon un plan et des méthodes déterminées* »¹⁷⁰⁶ renvoie alors à l'aptitude des individus à adopter un comportement *responsable* en matière de contraception et à *s'autocontrôler*. Les parlementaires insistent par exemple sur le fait que « *la contraception exige régularité, persévérance, effort constant [...]. Il faut [inciter] les femmes et les couples à adopter une attitude consciente et lucide face au problème de la transmission de la vie* »¹⁷⁰⁷, que « *transmettre la vie est un acte important* »¹⁷⁰⁸ et « *une responsabilité grave [...] - l'enfant à naître [étant] [...] un être sensible qui vient au monde parce que d'autres que lui en ont pris la responsabilité* »¹⁷⁰⁹, ou encore que « *l'heure est désormais venue de passer de la maternité accidentelle et due souvent au seul hasard, à une maternité consciente et pleinement responsable* »¹⁷¹⁰. La possibilité de faire des choix procréatifs est concédée aux individus qui doivent s'en montrer dignes en adoptant un comportement *responsable*, c'est-à-dire en planifiant les naissances. Le développement d'une rhétorique de la *responsabilisation* accompagne ainsi la libéralisation de la contraception. Elle est pensée comme la contrepartie de l'obtention de la liberté contraceptive : Lucien NEUWIRTH affirme ainsi que « *liberté et responsabilité*

¹⁷⁰⁶ Définition du dictionnaire Larousse pour « planification ».

¹⁷⁰⁷ Sénat, 7 novembre 1974, Robert Swint, p. 1649.

¹⁷⁰⁸ Propos du général de Gaulle repris par ACCOYER B., « La pilule devient légale », Loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances, texte intégral des débats à l'Assemblée nationale, préface, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/evenements/1967_legalisation_pilule/1967_legalisation_pilule.pdf, p. 5.

¹⁷⁰⁹ Sénat, 30 octobre 2000, Lucien Neuwirth.

¹⁷¹⁰ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth, p. 2557.

vont de pair»¹⁷¹¹ tandis que d'autres députés énoncent que « nous affirmons d'abord que la maîtrise plus complète du don de la vie met en cause la responsabilité personnelle et conjointe des parents. C'est donc à eux d'exercer cette responsabilité en pleine connaissance et en choisissant, selon leurs croyances et leurs consciences, les moyens auxquels ils jugent devoir recourir ». Dans les années 1960, les députés insistent, de ce fait, sur la nécessité d'éduquer la population aux bons comportements contraceptifs¹⁷¹². Il ne s'agit pas tant d'encourager les individus à faire des choix pleinement *autonomes* que de les inciter à se montrer *responsables*¹⁷¹³ : à éviter les grossesses non désirées, mais non à refuser de ne pas procréer.

575. La rhétorique libérale de l'époque n'entend en effet nullement libérer les individus de leurs obligations procréatives, jugées parfaitement naturelles¹⁷¹⁴ : « *Se marier, avoir des enfants, c'est l'aspiration légitime et normale de tout être humain* »¹⁷¹⁵. Les individus ont pour « *objectif essentiel, pour leur épanouissement personnel, d'avoir des enfants* ». Dès lors, comme l'énonce Lucien NEUWIRTH, « *il ne s'agit point de permettre aux Français de ne pas mettre au monde les enfants qu'ils ne désirent pas, mais au contraire de les aider à créer une famille dont il leur appartiendra en propre de fixer l'importance et le rythme d'accroissement en fonction de leurs possibilités* »¹⁷¹⁶. La libéralisation de l'accès à la contraception n'entend ainsi pas contrarier le *faire vivre*, au contraire, elle doit servir le « *développement de la famille française* »¹⁷¹⁷. Ainsi, les inquiétudes démographiques sont nombreuses lors des débats et de nombreux députés plaident pour la mise en place d'un grand nombre de politiques natalistes afin de *compenser* les éventuelles chutes démographiques engendrées par cette libéralisation de la contraception¹⁷¹⁸. La responsabilité du

¹⁷¹¹ Sénat, 30 octobre 2000, Lucien Neuwirth ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Joseph Fontanet, p. 2531. Voir également, JAEGER M. « Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation », *Vie sociale*, 3/2009, p. 71-81 ;

¹⁷¹² Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁷¹³ Voir aussi, sur cette question, LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale », in BAULIEU E.E., HERITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, op. cit., p. 140.

¹⁷¹⁴ Contra : AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Georges Vinson, p. 2562 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thôme Patenôtre, p. 2559 : « *Si la femme a été longtemps maintenue dans une situation de mineure et d'inférieure, c'est en grande partie parce qu'elle était soumise à un ordre biologique qu'elle croyait fatal et inéluctable. Dès lors qu'un couple peut choisir le moment le plus opportun pour avoir ses enfants, la femme peut connaître une vie à part entière, l'organiser à la fois sur le plan professionnel et sur le plan maternel et se réaliser elle-même comme elle le souhaite* ».

¹⁷¹⁵ AN, séance 1 du 14 décembre 1967, Jeannette Prin, p. 5888 ; Sénat, 5 décembre 1967, Georges Portmann, p. 203 : « *Bien sûr, les jeunes gens [...] veulent se distraire [...] mais ce qu'ils veulent c'est se marier jeunes et avoir des enfants jeunes* ».

¹⁷¹⁶ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth, p. 2557. Voir aussi, AN, séance 2 du 28 juin 1974, Louis Mexandeau, p. 3184 : « *Par ailleurs, je voudrais faire remarquer que l'information sur le problème de la régulation des naissances ne doit pas nécessairement être une propagande malthusienne. Au contraire, dirais-je presque, en notant que ceux de nos collègues socialistes qui se sont le plus intéressés à ce problème sont, en même temps, ceux qui ont les familles les plus nombreuses, tant il est vrai que la volonté de contrôler les naissances n'implique pas le relue des enfants. Mais ce libre choix devrait être à la portée de tous et de toutes. Nous ne voyons aucun inconvénient à ce que les natalistes expriment aussi leur point de vue : ce que nous voudrions, c'est un engagement ferme du Gouvernement ou, mieux, car les gouvernements passent tandis que les écrits restent, un engagement écrit constituant une sorte d'obligation* ».

¹⁷¹⁷ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Patenôtre, p. 2560.

¹⁷¹⁸ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Claude Peyret, p. 2566 : « *Ce problème, comme tout problème à incidence nationale, met en conflit les exigences de la société et la liberté individuelle. La société doit veiller au maintien d'une expansion démographique suffisante, d'autant plus fragile en France qu'elle est plus récente. Mais, pour maintenir cette expansion, elle doit aider avant tout les familles* » ; PAVARD B., *Si je veux quand je veux, Contraception et avortement dans la société française (1956-1979)*, Rennes, PUF, 2012, p. 94.

couple est ici aussi pensée à l'égard de la collectivité. Le contrôle des naissances n'est pas seulement un droit, il est également un *devoir* pour les individus¹⁷¹⁹. En effet, si les individus ont

*« le droit de choisir librement leur sexualité, leur mode de procréation et plus largement leur mode de vie, ils ont également le devoir, dans une certaine mesure de maîtriser le nombre de naissances et surtout d'éviter de se retrouver dans une situation dramatique dont la seule issue serait l'avortement. Tout ce qui va dans le sens d'une meilleure contraception, accessible et raisonnée est souhaitable et doit être encouragée »*¹⁷²⁰.

576. La libéralisation de la contraception n'est ainsi pas structurée en 1967 autour du renforcement de la liberté individuelle, ce qui explique le caractère très restrictif du cadre juridique mis en place. Le but n'est pas de permettre aux individus de faire des choix *libres* et parfaitement *autonomes* mais de les encourager à opter pour une *planification responsable* des naissances.

577. Malgré de notables évolutions, les réformes législatives continuent de se structurer autour de processus de *responsabilisation*. Ainsi, lors des débats parlementaires de 2000, les députés insistent toujours autant sur la nécessité d'une *éducation* à la contraception qui visera à *responsabiliser* les individus, et notamment les mineurs. On peut lire qu'

*« il s'agira ensuite d'assurer, en amont, un environnement favorable par une véritable éducation à la sexualité et à la responsabilité »*¹⁷²¹, qu'il *« il faut donc, c'est sûr, mieux informer et éduquer davantage garçons et filles à la responsabilité pour soi et pour autrui »*¹⁷²², que *« le plus l'accès à la contraception est libre, plus les femmes s'approprient la responsabilité de son contrôle »*¹⁷²³ ou encore que *« je crois en la responsabilité, et c'est pour cela que je fais partie d'une famille libérale. Croire en la responsabilité, c'est donner de nouvelles libertés aux hommes et aux femmes de ce pays, et notamment aux femmes »*¹⁷²⁴.

578. La responsabilisation reste perçue comme une garantie à la libéralisation. En droit positif, une circulaire de 2003 précise que la finalité des programmes d'éducation sexuelle est notamment d'aider *« les élèves à adopter des attitudes responsables »*¹⁷²⁵. Or, encore aujourd'hui, être responsable, c'est planifier les naissances, c'est-à-dire procréer au moment opportun mais non refuser l'enfantement. Ainsi, les parlementaires tendent à fortement *valoriser* l'enfantement, insistant sur le fait que *« transmettre la vie est un acte grave »*¹⁷²⁶ et *« le moment le plus important de la vie [...] [qui] doit le rester et le*

¹⁷¹⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1). Voir aussi, DELAISI DE PARSEVAL G., « Un nouveau défi pour les couples : choisir le bon moment », in BAULIEU E.E., HERITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, op. cit. p. 243.

¹⁷²⁰ AN, Marie-Thérèse Boisseau, 5 octobre 2000, p. 159.

¹⁷²¹ AN, 5 octobre 2000, Marie-Françoise Clergeau, p. 6503.

¹⁷²² AN, 5 octobre 2000, Mme la ministre déléguée à la famille et à l'enfance, p. 6509.

¹⁷²³ AN, 5 octobre 2000, Marie-Françoise Clergeau, p.6505.

¹⁷²⁴ AN, 5 octobre 2000, Hervé Morin, p. 6524.

¹⁷²⁵ Circulaire n° 2003-027 du 17 février 2003.

¹⁷²⁶ Voir notamment, Sénat 30 octobre 2000, Lucien Neuwirth.

devenir pour toutes»¹⁷²⁷. Dès lors, il ne s'agit pas tant d'encourager les individus à faire des choix pleinement *autonomes* que de les inciter à éviter les grossesses non désirées¹⁷²⁸.

579. En Allemagne, l'argument en faveur d'une planification familiale est aussi sous-tendu par une rhétorique de la *responsabilisation* des comportements procréatifs¹⁷²⁹. Si la possibilité d'une planification familiale est accordée aux individus, c'est dans le but qu'ils organisent de manière *responsable* l'arrivée de leur enfant ; un enfant désiré ayant plus de chances de « *grandir sainement* »¹⁷³⁰ qu'un enfant non désiré. C'est donc des considérations en lien avec le bien-être des enfants à naître qui justifie en partie la libéralisation de la contraception. En ce sens, une brochure édictée par l'office fédéral pour l'éducation à la santé en 1974 s'intitule « *chaque enfant a le droit d'avoir été désiré* »¹⁷³¹. Lors des débats parlementaires de 1973, certains députés déclarent que « *les enfants non désirés ne commencent pas leur vie avec les mêmes chances de succès que les enfants désirés et qu'il faut penser à la vie misérable qu'ont les enfants qui n'ont pas été voulus* »¹⁷³². Il est donc attendu des individus qu'ils planifient correctement la venue au monde de leur enfant, afin que ces derniers soient en bonne santé.

580. Le droit positif entérine ces processus de responsabilisation. Par exemple, une directive de 2004 dispose que « *l'éducation à un comportement sexuel responsable* » doit être pédagogiquement encadrée¹⁷³³.

581. Ainsi, en France et en Allemagne, la *responsabilisation* apparaît alors comme une nouvelle technique sociale de gestion des comportements contraceptifs. Cette technique suppose la participation active des individus. Ce n'est pas pour autant l'*individu*, son *autonomie* et sa souveraineté qui sont au cœur de l'encadrement juridique de la contraception. Ce n'est pas l'idée d'autonomie procréative qui légitime la libéralisation de la contraception - et les éventuelles atteintes à la vie qu'elle engendre - mais la mise en place de nouvelles techniques de contrôle social. Ces techniques sont pensées comme servant à *compenser* les éventuels effets nuisibles que pourrait avoir l'autorisation de la contraception. Ce sont des mécanismes de biopolitique déléguée (à

¹⁷²⁷ Sénat, 30 octobre 2000, Dominique Gillot ; AN, 5 octobre 2000, Martine Aubry, p. 6504.

¹⁷²⁸ Voir aussi, sur cette question, LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale », in BAULIEU E.E., HERITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, op. cit., p. 140.

¹⁷²⁹ Voir aussi, RAMM T., « Fortpflanzungsfreiheit », *JZ*, 1989, p. 863 : La responsabilité est la « *contrepartie nécessaire de la liberté* ».

¹⁷³⁰ Voir le rapport sur la santé du gouvernement : Gesundheitsbericht, 18 décembre 1970, Drucksache 6/1667, p. 77. Voir aussi les débats parlementaires : BT, 33^{ème} séance, 17 mai 1973, Focke, p. 1827.

¹⁷³¹ « *Jedes Kind hat ein Recht erwünscht zu sein* », Broschüre - 1974 von Familienplanung. Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. En 1972, le ministère fédéral pour la famille édicte une note intitulée « *Nos enfants doivent être des enfants désirés* » : Flankierende Massnahmen zum §218: Unsere Kinder sollen Wunsch Kinder sein. Was können wir tun? In Informationen des Bundesfamilienministeriums, 12 mai 1972.

¹⁷³² BT, 33^{ème} séance, 17 mai 1973, Focke, p. 1827.

¹⁷³³ Richtlinien und Lehrpläne zur Sexualerziehung - eine Analyse der Inhalte, Normen, Werte und Methoden zur Sexualaufklärung in den sechzehn Ländern der Bundesrepublik Deutschland ; Expertise Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung ; 2004, p.9 citant la KMK.

l'individu) qui sont mis ici en œuvre par le droit : l'État n'intervient pas directement mais *oriente* les comportements procréatifs individuels. La bonne gestion de la contraception est pensée comme un *devoir* pour les individus qui portent désormais le poids de la bonne gestion de la planification familiale¹⁷³⁴. Ainsi, pour le dire avec Michel FOUCAULT, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale en Allemagne, ce n'est pas venant du « *haut par une autorité législative et souveraine [...]* » que sont désormais gérés les comportements contraceptifs¹⁷³⁵ « *mais de l'intérieur par l'invitation faite aux individus à exercer leur liberté plutôt dans tel sens que dans tel autre* »¹⁷³⁶, en matière contraceptive mais également abortive.

B. Avortement et responsabilité

582. L'avortement n'est historiquement pas pensé comme un *droit* pour les femmes à maîtriser leur procréation. Il est en effet historiquement guidé par une logique de *responsabilisation*. Lors des débats de 1974, il est ainsi donné à lire que « *nous estimons, et c'est le fondement même de notre proposition de loi, que la responsabilité de la femme et sa liberté doivent constituer l'axe de toute législation en la matière* »¹⁷³⁷. Un député déclare :

*« Votre texte prend enfin en compte cette évolution - il est libéral. Il laisse à la femme la liberté de juger de son état de détresse et, partant, de demander l'interruption de sa grossesse. Pour moi, c'est cette appréciation par la femme seule de cette notion de détresse qui me paraît être le point majeur, le point cardinal de votre réforme. Seule, en effet, celle qui vit la détresse peut l'interpréter. Personne ne peut l'apprécier à sa place, médecin ou avocat. En remettant donc à la femme, la responsabilité d'une décision "réfléchie" [...] nous lui témoignons notre confiance, nous trouvons enfin la nuit des temps et nous accordons à la femme l'une de ses responsabilités fondamentales. Tolérer, limiter, surveiller, tels sont, me semble-t-il, les maîtres mots de votre action, madame la ministre »*¹⁷³⁸.

583. En Allemagne, lors des débats des années 1990, certains défenseurs du régime du *délai* affirment ainsi que « *l'on veut permettre la décision autonome et responsable de la femme concernée* »¹⁷³⁹. Par conséquent, si une certaine forme de liberté est concédée aux femmes c'est à condition qu'elles

¹⁷³⁴ ELFFERICH C., « Planbarkeit - ein Mythos? Anmerkungen zu einer Geschichte der Planbarkeit und zu Alltagsvorstellungen von Frauen », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I (dir.), *Verkörperte Technik - Entkörperte Frau : Biopolitik und Geschlecht (Politik der Geschlechterverhältnisse)*, op. cit., p. 198.

¹⁷³⁵ Voir aussi, RAMM T., « Fortpflanzungsfreiheit », *JZ*, 1989, p. 863.

¹⁷³⁶ POTTE-BONNEVILLE M., « Individualisation et subjectivation : remarques à partir de Michel Foucault », op. cit., p. 122.

¹⁷³⁷ AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Gilbert Millet, p. 7092. Voir aussi, AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Anne Marie Frisch, p. : « *Les femmes ne vous demandent que de leur permettre de choisir. C'est le domaine de la liberté et de la responsabilité de chacun* » ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Jacques Chaumont, p. 7139 : « *Chaque couple doit avoir les enfants qu'il désire en exerçant pleinement sa liberté et sa responsabilité* »

¹⁷³⁸ Sénat, 13 décembre 1974, Henri Cavaillet, p. 2878.

¹⁷³⁹ BT, 44^{ème} séance, 26 septembre 1991, Elke Perner, p. 3740.

l'utilisent de manière responsable¹⁷⁴⁰ ; et, afin de s'en assurer, le comportement des individus sera surveillé. Comme on le verra, le mécanisme de *responsabilisation* complète en effet celui de la *surveillance*¹⁷⁴¹.

584. Toutefois, à la différence de la contraception, procéder à une IVG ne saurait être considéré, par principe, comme le signe d'un comportement responsable. C'est la pratique contraceptive qui reste le comportement *responsable* à adopter. La réalisation d'une IVG, est, au contraire, présentée comme « *un échec* »¹⁷⁴² à la maîtrise responsable d'une contraception¹⁷⁴³ : « *Mesdames, messieurs, aucun membre de cette assemblée n'ignore que l'avortement est toujours, pour la femme qui s'y soumet, un constat d'échec et souvent un drame personnel* »¹⁷⁴⁴. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'État développe des programmes de prévention et d'éducation sexuelle en matière de contraception¹⁷⁴⁵ mais pas en matière d'avortement, ces programmes ayant précisément pour but de lutter contre son recours¹⁷⁴⁶.

585. Toutefois, si la femme échoue dans la maîtrise de sa contraception, la loi française et allemande lui accorde la possibilité de se rattraper, en adoptant, dans le cadre de l'avortement, un comportement responsable. En France, ce qui doit être compris par *comportement responsable* en matière d'IVG est cependant plus difficile à déterminer qu'en matière contraceptive. Il existe en la matière davantage d'injonctions contradictoires. D'un côté, se montrer responsable, c'est assumer ses actes et par conséquent poursuivre sa grossesse¹⁷⁴⁷. En ce sens, il est possible de lire lors des débats parlementaires qu'« *autant, j'eusse admis une interruption de grossesse en cas de danger pour la mère ou en cas de détresse extrême dûment constatée, autant il me semble qu'avec le projet de loi qui nous est proposé, nous nous acheminons vers l'avortement conçu comme un moyen de contraception pour toutes celles qui n'ont pas eu le courage ou l'intelligence de se servir des moyens maintenant classiques mis à leur disposition* »¹⁷⁴⁸. Mais d'un autre

¹⁷⁴⁰ En ce sens, SERVERIN E., « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, n° 1, p. 1.

¹⁷⁴¹ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁷⁴² AN, séance 2 du 27 novembre 1974, Jacqueline Thome-Patenôtre, p. 7119 : « *Nul ne cherche à nier que l'avortement est un échec, mais il est des cas où la continuation de la grossesse est un échec plus grave encore, et pour la mère, et pour la vie qui s'annonce* ». Dans le même sens, AN, séance 2 du 28 novembre 1974, Albert Liogier, p. 7184 ; AN, séance 1 du 27 novembre 1974, séance 1, Étienne Pinte, p. 7084 ; AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Gérard Godon, p.7903 ; AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Hervé Laudrin, p.7129.

¹⁷⁴³ AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Claude Peyret, p. 7089.

¹⁷⁴⁴ AN, 26 novembre 1974, Jacques Antoine Gau, p. 7007. Voir aussi, AN, 28 novembre 1974, Gaston Defferren, p. 7239.

¹⁷⁴⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁷⁴⁶ En ce sens, l'article 2214-2 Code de la santé publique dispose qu'« *en aucun cas l'interruption volontaire de grossesse ne doit constituer un moyen de régulation des naissances. À cet effet, le Gouvernement prend toutes les mesures nécessaires pour développer l'information la plus large possible sur la régulation des naissances [...]* ». Voir aussi, MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *Politix*, 2014/3, n° 107, p. 258.

¹⁷⁴⁷ On tend à insister sur l'absence de comportement responsable de la femme qui interrompt sa grossesse alors même que, statistiquement, procéder à *une* seule - ou même deux - IVG dans une vie est minime au regard du nombre de cycles féconds que connaît une femme. Voir notamment, PHETERSON G., « Grossesse et prostitution. Les femmes sous la tutelle de l'État », *Raisons politiques* 3/2003, n° 11.

¹⁷⁴⁸ AN, 28 novembre 1974, Justin Hausherr, p. 7160.

côté, se montrer responsable, c'est également refuser d'enfanter un enfant non désiré, susceptible de naître dans de mauvaises conditions d'accueil : « *Ces jeunes femmes à peine sorties de l'adolescence n'ont pas la maturité d'adulte nécessaire pour accueillir et élever un enfant* »¹⁷⁴⁹. Une femme qui interrompt sa grossesse alors qu'elle aurait pu garder l'enfant apparaît ainsi aussi irresponsable qu'une femme qui ne le fait pas alors qu'elle n'est pas en situation de l'élever correctement¹⁷⁵⁰. En tout état de cause, en France, l'argument libéral des années 1970 ne cherche pas à permettre aux individus de disposer comme ils l'entendent de leurs capacités procréatives. Cet argumentaire aborde, au contraire, toujours la procréation comme un devoir *naturel*¹⁷⁵¹. En revanche, en Allemagne, le *bon* comportement procréatif apparaît moins ambivalent qu'en France : se montrer *responsable*, c'est avant tout respecter le droit à la vie de l'être conçu.

586. Au-delà des aspects rhétoriques, on observe également la retranscription de mécanismes de responsabilisation en droit positif. L'analyse fait en particulier ressortir l'existence de trois mécanismes.

587. En premier lieu, la consultation psycho-sociale en France (avant 2001) et en Allemagne constitue une illustration prégnante d'une *responsabilisation* des comportements abortifs par le droit. En effet, cette consultation permettra aux conseillers, comme l'indique expressément le droit positif allemand, de rappeler aux femmes leurs responsabilités procréatives. En effet, le §219 du Code pénal, qui explicite le régime juridique applicable à la consultation psycho-sociale, précise que celle-ci doit aider la femme à prendre « *une décision responsable et consciencieuse* ». Le §5 de la loi de 1992 sur les conflits de grossesse, qui complète le §219 du Code pénal, dispose que la consultation « *se fonde sur la responsabilité de la femme* ». L'idée est d'en appeler à la *conscience* des femmes lors de cet entretien pour les *inciter* à garder l'enfant : le §219 du Code pénal indique en effet que « *la consultation sert la protection de la vie anténatale. Elle doit essayer d'encourager la femme à continuer sa grossesse et lui ouvrir les perspectives d'une vie avec l'enfant* ».

588. En second lieu, le délai de réflexion en France (jusqu'en 2016) et en Allemagne permet d'inciter les individus à *l'autocontrôle*.¹⁷⁵² Il permettait d'astreindre les femmes à *l'attente* et de s'assurer qu'elles sont dès lors capables de maîtriser leurs affects¹⁷⁵³.

¹⁷⁴⁹ AN, séance 2 du 29 novembre 2000, Nicole Catala, p. 9546.

¹⁷⁵⁰ Voir en ce sens, les débats parlementaires des années 2000 sur la contraception d'urgence et l'avortement.

¹⁷⁵¹ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 7001 ; AN, séance 2 du 27 novembre 1974, Jacqueline Chonavel, p. 7110 ; Sénat, 13 décembre 1974 Marcel Brégégère, p. 2890

¹⁷⁵² Article L162-5 CSP (version 1975).

¹⁷⁵³ MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *op. cit.*, §35.

589. En troisième lieu, en France, après l'IVG, une consultation est obligatoire au titre de l'article L2212-9 CSP qui dispose que « *tout établissement dans lequel est pratiquée une interruption de grossesse doit assurer, après l'intervention, l'information de la femme en matière de régulation des naissances* ». Le Code de santé publique dispose que « *le Gouvernement prend toutes les mesures nécessaires pour développer l'information la plus large possible sur la régulation des naissances [...]* »¹⁷⁵⁴. La procédure d'IVG poursuit ainsi une fonction *éducative* vis-à-vis de la contraception. Les professionnels de santé cherchent l'adhésion des individus au « dogme » de la contraception¹⁷⁵⁵.

590. L'objectif n'est pas tant ici de consacrer un droit pour la femme à disposer de son corps que d'encadrer et d'influencer leur décision quant à la poursuite de la grossesse¹⁷⁵⁶. Cette influence, voire cette dissuasion, opère par des techniques de *responsabilisation* en matière contraceptive et abortive. Ces techniques permettent d'*orienter* la décision procréative de la femme de manière plus efficace que la sanction pénale. Le contrôle social opère ici de manière *horizontale*, fondé sur des *incitations*. La contrainte est *molle*. À une *technique de pouvoir* - la sanction - se substitue ainsi une *technique de soi* - une *subjectivation* de certains impératifs sociaux¹⁷⁵⁷ : la responsabilisation. Le but est ici de « *laisser jouer la liberté de chacun de telle sorte qu'elle conduise d'elle-même aux effets attendus* »¹⁷⁵⁸. En effet, « *il ne s'agit plus d'interdire, ni d'imposer une grille disciplinaire préalable : la main invisible n'est pas d'abord une théorie économique, elle est d'abord une certaine technologie politique* »¹⁷⁵⁹. Ces différents éléments mettent en lumière la mise en place d'une gestion biopolitique *déléguée* - ici aux individus - des comportements contraceptifs. Ce n'est donc pas l'idée d'un droit à l'autodétermination qui structure et explique la légalisation de l'IVG.

¹⁷⁵⁴ Article L2214-2 CSP.

¹⁷⁵⁵ MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *op. cit.*, §53- 54 : Et d'ailleurs, ils utilisent souvent le terme de « récidiviste ».

¹⁷⁵⁶ MUTH U., *Die Diskussion über einer Reform*, *op. cit.*, p. 105 ; CASE M.A., « Perfectionism and Fundamentalism in the Application of the German Abortion Laws » in WILLIAM S.H., *Constituting equality - Gender Equality and comparative constitutional Law*, *op. cit.*, p. 102. Si l'on admet que la femme ne doit pas être liée par l'avis médical, c'est que l'on craint que la peur de se voir refuser l'avortement risque de la conduire à avorter illégalement alors même que la consultation pourrait l'inciter à garder l'enfant. Voir aussi, BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §109 : Le gouvernement fait en effet valoir devant la Cour constitutionnelle que le modèle de la *Fristenregelung* fait « *disparaître chez la femme la peur de l'exclusion, qui la contraint à agir dans l'illégalité et ouvre ainsi la possibilité d'une consultation [...] ce qui permet ainsi de donner une chance à une réflexion responsable de la part de la mère. Renforcer la prise de conscience et la responsabilité des femmes augmente les grandes chances de succès, plutôt que de bâtir leur peur sur une menace pénale* ».

¹⁷⁵⁷ En dehors du cadre foucauldien, voir notamment : ROSE N, RABINOW P., « Biopower today », *Biosocieties*, 2006, 1, p. 195 : avec les techniques de soi, « *les sujets travaillent sur eux même sous certaines formes d'autorité en relation à certains discours de vérité par le moyen de techniques de soi, au nom de la vie ou de la santé d'eux-mêmes, de leur famille ou d'un autre collectif voire au nom de la vie d'une population tout entière* ».

¹⁷⁵⁸ POTTE-BONNEVILLE M., « Individualisation et subjectivation : remarques à partir de Michel Foucault », in CORCUFF P., LE BART C., DE SINGLY F., *L'individu aujourd'hui : débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

591. Mais, si l'idée de *planification* est jugée centrale en matière de contraception, c'est aussi car il est jugé plus bénéfique pour la collectivité que des enfants désirés viennent au monde. En ce sens, certains députés affirment en 1974 que « *l'enfant désiré, souhaité, attendu avec impatience et avec amour sera l'élément d'épanouissement du couple et trouvera tout naturellement sa place dans la famille et dans la société, avec les plus grandes chances d'être un maillon de plus, un maillon solide, d'une nation moderne* »¹⁷⁶⁰. L'enfant désiré est donc non seulement susceptible de rendre le couple et les individus plus heureux mais aussi de renforcer la force vitale de la nation. La rhétorique libérale s'appuie sur des considérations collectives. De la même manière, si une députée considère qu'il « *est légitime qu'un État démocratique laisse à ses citoyens la liberté de choisir le moment où naîtront leurs enfants* », c'est certes pour garantir le bonheur du couple mais aussi la « *santé et l'équilibre de la mère et de l'intérêt du couple* » car « *une nouvelle naissance est parfois catastrophique ou du moins considérée comme telle, ce qui pèse lourdement sur le développement de l'enfant* »¹⁷⁶¹. L'argument libéral cherche donc également à protéger le *bien-être* des individus¹⁷⁶². Il poursuit donc un objectif collectif qui n'est pas sans lien avec le *maintien de la population* puisque, on l'a vu, la protection de la santé et le paradigme de santé publique viennent au soutien du *faire vivre*. Partant, la libéralisation de la contraception, voire de l'avortement, peuvent dans une certaine mesure - et assez paradoxalement - servir *in fine le faire vivre*. La protection de la santé publique est d'ailleurs un argument phare de la libéralisation de la contraception et de l'avortement en France. Cela explique, qu'au-delà et en deçà des techniques de *responsabilisation* mises en place pour *orienter* la « liberté » procréative concédée aux individus, le nouveau mode de gestion des comportements procréatifs soit surtout fondé sur la *médicalisation*. Cette nouvelle forme de gestion place le médecin et non l'individu au cœur de l'encadrement juridique de la contraception et de l'avortement. L'importance accordée au corps médical en la matière indique que l'autonomie procréative ne structure pas l'encadrement juridique de la contraception et de l'avortement. Elle ne permet pas, à elle seule, d'expliquer les atteintes à *zoe* autorisées dans ce cadre.

Sous-section 2. L'autonomie procréative négative enserrée dans un cadre médical

592. L'accès à la contraception et à l'avortement est historiquement justifié par des considérations sanitaires. Elles sont notamment en lien avec la protection de la santé des femmes contre les risques inhérents aux avortements clandestins. L'analyse cherchera en particulier à montrer que ces considérations sanitaires ont joué un rôle véritablement central dans la

¹⁷⁶⁰ Sénat, 7 novembre 1974, Robert Swint, p. 1650

¹⁷⁶¹ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thome-Patenôtre, p. 2559 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Albertine Baclet, p. 2568.

¹⁷⁶² AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thome-Patenôtre, p. 2559.

libéralisation du régime juridique de la contraception et de l'avortement. La centralité de leur rôle explique en partie la *médicalisation* à laquelle procède le droit en matière de contraception et d'avortement. La médicalisation peut être définie comme la « *reconfiguration pathologique des réalités individuelles et collectives qui s'opérationnalise à travers notamment la création des maladies, l'expansion du champ de compétence de la médecine, la pathologisation généralisée de la vie et l'utopisation de la santé* »¹⁷⁶³. Cette *médicalisation* met en lumière qu'au-delà de l'absence d'énoncé de droit positif rattachant expressément la contraception et l'avortement à la sphère de l'autonomie procréative, le cadre concret d'exercice des choix procréatifs négatifs est contraint. Dans ces conditions, on peut considérer que ce n'est pas tant la « *petite souveraineté individuelle* »¹⁷⁶⁴ qui fait vaciller, dans le domaine procréatif, la protection de *zoe* que la mise en place d'un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs fondé sur la *médicalisation*¹⁷⁶⁵. On comprend mieux alors pourquoi ce n'est pas l'individu mais le *médecin* qui est placé au cœur de ce nouveau mode d'administration des corps, non plus structuré autour de la sanction pénale mais d'une *biopolitique déléguée* - au corps médical cette fois - de la contraception (I) et de l'avortement (II).

I. La médicalisation, paradigme de la libéralisation de la contraception

593. En France, l'aménagement juridique de la contraception se structure pour l'essentiel autour d'un paradigme de santé publique. Tant l'objectif de la législation - protéger le bien-être physique et mental de la population - que le cadre juridique tendent à assurer la sauvegarde de la santé de la population. Ce sont donc des considérations sanitaires partiellement *collectives* qui sous-tendent en grande partie la libéralisation de la contraception et non la (seule) montée en puissance de la liberté procréative (A). En Allemagne, même si ce n'est pas *stricto sensu* une politique de *santé publique* qui légitime l'accès à la contraception, ce sont quand même des considérations liées à la protection de la santé des femmes qui expliquent la libéralisation de la contraception. Cette libéralisation est, elle aussi, fondée sur une *médicalisation* des comportements contraceptifs qui légitime les atteintes à la vie susceptibles d'être réalisées dans ce cadre (B).

¹⁷⁶³ NADER (Mélicca), *La médicalisation : concept, phénomène et processus. Émergence, diffusion et reconfigurations des usages du terme médicalisation dans la littérature sociologique*, Thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, octobre 2012, p. 278.

¹⁷⁶⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Politique et politisation du vivant », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique- Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁶⁵ NADER M., *La médicalisation : concept, phénomène et processus. Émergence, diffusion et reconfigurations des usages du terme médicalisation dans la littérature sociologique*, Thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, octobre 2012, p. 8. Elle suppose de « *définir un comportement comme un problème médical ou une maladie et mandater et autoriser la profession médicale à y apporter des traitements* » - GIAMI A., « La médicalisation de la sexualité : fausses questions et vrais enjeux », *Sexologies*, Vol. 18, 2009, p. 262.

A. En France

594. Tant l'analyse des débats parlementaires qui précèdent la libéralisation de la contraception (1) que celle du cadre juridique mis en place (2) indiquent que la protection de la santé de la population est un élément central de la libéralisation de la contraception.

1. Discours sur la contraception et objectifs de santé publique

595. En 1967 et en 1974¹⁷⁶⁶, la légalisation de la contraception entend protéger l'intégrité physique des femmes mise en danger par la pratique des avortements clandestins (risqués pour leur vie, leur santé, et leur fertilité)¹⁷⁶⁷. Les défenseurs du projet de libéralisation plaident pour la suppression des dispositions pénales qui limitent l'accès à la contraception¹⁷⁶⁸ car ils espèrent que l'utilisation d'une contraception permettra aux femmes d'éviter le recours aux avortements illégaux¹⁷⁶⁹. En ce sens, lors des débats de 1967, Lucien NEUWIRTH - porteur du projet - souligne que les femmes « *ont souvent, au péril de leur vie [...] recours à l'avortement [...]. Elles sont presque toutes des infortunées résolues à tout tenter, quelle que soit l'importance du risque, pour échapper à la misère qu'entraînerait [...] la venue du dernier-né [...]* »¹⁷⁷⁰. Par ailleurs, les parlementaires entendent également protéger les femmes contre les risques inhérents à l'usage non contrôlé des contraceptifs vendus à la sauvette. Même si les effets potentiellement secondaires des contraceptifs sont encore débattus dans les

¹⁷⁶⁶ Les députés insistent sur l'importance de la libéralisation pour une lutte efficace contre les avortements clandestins. Voir notamment, AN, 28 juin 1974, Jacques Antoine Gau, p. 3173 : « *Je tiens à souligner que ce vote doit être clair : la contraception est un élément important de la lutte contre l'avortement et il ne faut pas que l'adoption de ce projet de loi puisse constituer demain un alibi* ». Voir aussi, Sénat, Robert Swint, 7 novembre 1975, p. 1649 ; AN, 28 juin 1974, Jacqueline Chanavel, p. 3173.

¹⁷⁶⁷ Il faut rappeler à quel point les méthodes utilisées au 20^{ème} siècle lors d'avortements clandestins sont dangereuses puisqu'elles amènent les femmes à ingérer de l'arsenic ou du plomb, à s'injecter dans l'orifice cervical du col utérin du savon ou à se faire perforer les membranes amniotiques à l'aide d'une aiguille à tricoter. L'avortement clandestin, pratiqué le plus souvent dans des conditions d'hygiène déplorables, peut dès lors conduire - dans de telles circonstances - à des déchirures utérines, des lésions, des infections, des saignements importants, voire au décès de la femme concernée. Voir en ce sens, WOLOZYN E., *Les sages-femmes et l'avortement entre 1920 et 1975. Gynécologie et obstétrique*, Mémoire pour l'obtention du diplôme de sage-femme, 2016, se référant à GAUTHIER X., *Paroles d'avortées : Quand l'avortement était clandestin*, Paris, Éditions de La Martinière, 2004 ; CAHEN F., *Lutter contre l'avortement illégal. Les politiques de la vie au défi du contrôle des mœurs - France, 1890-1950*, Thèse pour l'obtention du doctorat d'histoire, Paris, École des hautes études en sciences sociales, 2011.

¹⁷⁶⁸ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁷⁶⁹ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Daniel Besnoist, p. 2563 : « *La femme qui ne veut pas avoir d'enfant se fera avorter, et dans quelles conditions ! Les médecins qui siègent dans cette Assemblée pourraient citer l'exemple de nombreux drames dont ils ont eu connaissance ou qu'ils ont pu constater dans les centres hospitaliers. Mon maître le professeur Mondor, aujourd'hui disparu, a écrit un livre intitulé "Les avortements mortels". Je pense qu'il n'est pas inutile de rappeler, que, malgré les antibiotiques, le tétanos abortif est aujourd'hui encore au-dessus de toutes les ressources thérapeutiques. Et les cas sont fréquents. Vous serez responsables, mesdames, messieurs, de chaque semaine, de chaque mois de retard apporté au vote de cette loi ; indirectement responsables aussi des accidents qui interviennent dans ce domaine malgré tous les soins, avec toutes les séquelles qu'ils comportent, puisque l'avortement entraîne la plupart du temps l'infécondité, chez la femme* » ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Georges Vinson, p. 2562. Voir aussi, sur la question de la protection de la santé ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Claude Peyret, p. 2567 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thôme-Patenôtre, p. 2559 ; AN, 5 décembre 1967, Gilbert Millet, p. 2575 ; AN, 5 décembre 1967, Leon Massaud, p. 2028 ; AN, Sénat 5 décembre 1967 Hector Viron, p. 2030 ; Sénat 5 décembre 1967, Leon Messaud, p. 2028.

¹⁷⁷⁰ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth, p. 2557.

années 1960¹⁷⁷¹, les défenseurs du projet estiment qu'ils ne peuvent pas être plus préjudiciables que les conséquences des avortements illégaux ou que l'utilisation d'une contraception sans aucun encadrement légal : « *L'usage des contraceptifs était toléré dans de nombreux pays et chez nous, en France, leur emploi se généralisait, mais, hélas ! Sans aucun contrôle, sans aucune garantie, avec tous les dangers que cet usage clandestin pouvait comporter* »¹⁷⁷².

596. La légalisation de l'accès à la contraception entend également protéger le bien-être psychologique des femmes enceintes contre les conséquences moralement nocives d'une IVG. Ainsi, Lucien NEUWIRTH déclare en 1967 que « *toutes sont terriblement traumatisées car beaucoup de ces avortées ont le sentiment d'être les victimes d'une impardonnable injustice qui les marque physiquement et moralement* »¹⁷⁷³. Cette volonté de protéger la santé mentale des femmes s'observe également lors des débats de 2000 sur la contraception d'urgence. En effet, même après la dépénalisation de l'IVG, la volonté de lutter contre les avortements reste le premier objectif affiché des lois sur la contraception : en 2000, l'autorisation de la vente libre de la contraception d'urgence est présentée comme une mesure de protection de la santé publique car elle permet de lutter contre les grossesses non désirées et les avortements¹⁷⁷⁴. Rares sont les parlementaires qui, pendant les débats relatifs à la loi de 2000, ne s'expriment pas en faveur de la lutte contre les IVG, particulièrement importantes chez les mineures¹⁷⁷⁵, précisément au nom de la « *santé publique* »¹⁷⁷⁶. Cependant, dans la mesure où une IVG médicalisée n'implique aujourd'hui en France que de très faibles risques physiques, ce n'est pas la santé physique des femmes que les défenseurs de la libéralisation

¹⁷⁷¹ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth, p. 2557.

¹⁷⁷² Sénat, séance 1 du 5 juillet 1967, Léon Messaud, p.2027.

¹⁷⁷³ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth p. 2558 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Claude Peyret, p. 2567 : « *Selon la définition même de l'O. M. S. la santé n'est pas un état purement négatif caractérisé par l'absence de maladie. C'est un état positif, qui doit être un état d'épanouissement personnel, familial et social. Or [...] les troubles liés à des naissances non désirées, troubles graves pour la mère, épuisants pour l'enfant, sans parler des avortements provoqués, perturbent cet état de santé physique ou moral* ».

¹⁷⁷⁴ Voir notamment, BARDOU J., *Rapport au nom de la délégation du sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi relative à la contraception d'urgence*, n° 43, 24 octobre 2000 ; Haute autorité de santé, *Rapport sur la Contraception d'urgence*, 2011, p. 8 ; NEUWIRTH L., *Rapport sur la contraception d'urgence*, *op. cit.*, p. 10 : « *La contraception d'urgence est en effet un progrès considérable dans la mesure où elle permet de prévenir le recours à l'avortement. On peut espérer que sa diffusion contribue à diminuer le nombre de grossesses non désirées et d'interruptions volontaires de grossesse* ».

¹⁷⁷⁵ AN, 5 octobre 2000, Hélène Mignon, p. 6501 ; AN, 5 octobre 2000, Marie Françoise Clergeau, p. 6502 ; AN 5 octobre 2000, Martine Aubry, p. 6504 ; AN, 5 octobre 2000, Ségolène Royal, p. 6508 ; AN, 5 octobre 2000, Raymonde Le Texier, p. 6512 ; AN, 5 octobre 2000, Muguette Jacquaint, p. 6512 ; AN, 5 octobre 2000, Danielle Bousquet, p. 6513 ; AN, 5 octobre 2000, Françoise de Panafieu, p. 6516 ; AN 5 octobre 2000, Marie Thérèse Boisseau, p. 6519 ; AN, 5 octobre 2000, Patrick Delnatte, p. 6523 ; AN, 5 octobre 2000, Hervé Morin, p. 6523 ; AN, 5 octobre 2000, Françoise Imbert, p. 6525 ; AN, 5 octobre 2000, Martine Lignières-Cassou, p. 6527 ; AN, 5 octobre 2000, Dominique Gillot, p. 6529 ; Sénat, 30 octobre 2000, Lucien Neuwirth ; Sénat, 30 octobre 2000, Janine Bardou ; Sénat 30 octobre 2000, Odette Terrade ; Sénat, 30 octobre 2000, Christian Demuynck.

¹⁷⁷⁶ Ils insistent sur le fait que sur 10 000 grossesses non désirées chez les mineures, 7000 environ mèneraient à un avortement. Ces chiffres sont fréquemment cités dans les débats parlementaires, voir notamment Martine Aubry, AN 5 octobre 2000, p. 6504. Sur la finalité de protection de la santé, voir, AN, 5 octobre 2000, Martine Aubry, p. 6504 ; AN, 5 octobre 2000, Hélène Mignon, p. 6501 ; AN, 5 octobre 2000, Raymonde Le Texier, p. 6512 ; AN 5 octobre 2000, Françoise de Panafieu, p. 6516 ; AN, 5 octobre 2000, Françoise de Panafieu, p. 6516.

entendent ici protéger mais leur bien-être psychologique¹⁷⁷⁷. C'est donc une acception large de la notion de santé qui est ici retenue. Cette conception englobe d'ailleurs également la protection des femmes contre les conséquences psychiques d'une maternité mal gérée, qui engendrerait du surmenage¹⁷⁷⁸.

597. Cela étant, s'il apparaît nécessaire de protéger le bien-être des femmes, c'est également pour qu'elles soient en mesure de s'occuper correctement de leurs enfants. Certaines députées plaident en faveur de la libéralisation car « *il est légitime qu'un État démocratique laisse à ses citoyens la liberté de choisir le moment où naîtront leurs enfants, pour le bonheur de ceux-ci, pour la santé et l'équilibre de la mère et dans l'intérêt du couple lui-même. En effet, une nouvelle naissance est parfois catastrophique ou du moins considérée comme telle, ce qui pèse lourdement sur le développement de l'enfant* »¹⁷⁷⁹. Elles précisent ensuite que « *beaucoup d'enfants non désirés ou mal acceptés sont des enfants caractériels, délinquants et, parfois, hélas ! des enfants martyrs* »¹⁷⁸⁰. Les parlementaires souhaitent permettre aux couples de faire des choix procréatifs afin que les enfants naissent désirés car cela les protégerait contre de futures maltraitances. Un enfant doit donc être désiré sinon il sera, *a minima*, malheureux car mal-aimé ; et *a maxima* violenté¹⁷⁸¹. Tant en 1967¹⁷⁸² qu'en 2000 apparaît l'argument selon lequel « *prévenir les grossesses précoces, c'est aussi protéger les nouveau-nés. Les enfants nés de mères encore immatures, et donc peu à même d'assumer à leur égard leur devoir de protection, sont plus en danger que les autres : en danger de rejet et d'abandon, en danger de maltraitances et de négligences, volontaires ou involontaires* »¹⁷⁸³.

598. C'est donc un objectif de protection de la santé qui guide, à titre principal, la libéralisation de la contraception. Ainsi, « *il fallait réglementer le plus rapidement possible un état de fait qui se généralisait et dont le maintien pouvait à la fois mettre en péril la natalité et porter une grave atteinte à la santé publique* »¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁷⁷ Les parlementaires ne justifient pas vraiment le lien qu'ils tissent entre avortement et santé publique - affirmant seulement, telle une « évidence » que « *rien n'est pire pour une jeune fille que de débiter sa vie par une IVG* » - Sénat, 30 octobre 2000, Lucien Neuwirth ; AN, 5 octobre 2000, Martine Aubry, p. 6504 : « *Commencer sa vie sexuelle par une IVG, c'est un traumatisme dont beaucoup de jeunes filles ont du mal à se remettre* ».

¹⁷⁷⁸ AN, 1^{er} juillet 1967, Gilbert Millet, p. 2574 : « *L'avortement est un acte grave, traumatisant tant sur le plan psychique que sur le plan organique [...]. Tous les médecins pourront vous dire quels drames ils ont vécus devant la quasi-impossibilité de recourir à l'avortement thérapeutique dans les cas suivants : santé de la mère affaiblie ou compromise par une nouvelle grossesse, risques importants de malformations fœtales, désordres psychiques sérieux, problèmes sociaux insurmontables* » ; AN, séance 3 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thôme Patenôtre, p. 2559 : « *C'est souvent la santé de la mère qui est compromise par des naissances multiples et trop rapprochées* ».

¹⁷⁷⁹ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thôme Patenôtre, p. 2559.

¹⁷⁸⁰ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Jacqueline Thôme Patenôtre, p. 2559 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Albertine Baclet, p. 2568.

¹⁷⁸¹ Voir aussi, DELAISI DE PARSEVAL G., « Un nouveau défi pour les couples : choisir le bon moment », in BAULIEU E.E., HERITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, op. cit., p. 243.

¹⁷⁸² C'est là une partie de l'argumentaire de Marie Andrée Lagroua Weill Hallé cité par PAVARD B., *Si je veux quand je veux dans la société française (1956-1979)*, Rennes, Presses Universitaires, 2012, p. 20.

¹⁷⁸³ AN, 5 octobre 2000, Ségolène Royal, p. 6509.

¹⁷⁸⁴ Sénat, séance 1 du 5 juillet 1967, Léon Messaud, p. 2028.

C'est donc en partie ici la dimension collective de la santé qui est visée. L'analyse du droit positif applicable à la contraception le confirme.

2. Droit positif de la contraception et cadre de santé publique

599. Le droit de la contraception s'articule autour d'un paradigme médical comme le montre, en premier lieu, le rôle absolument central accordé au médecin.

600. Depuis 1967, le médecin occupe une place centrale dans le régime juridique de la contraception. Ainsi, dans la loi de 1967, il est le seul habilité à pouvoir délivrer une contraception : il est le seul à pouvoir insérer des DIU ou à prescrire une contraception hormonale. En 1967, les centres de planning familial ne sont pas autorisés à délivrer des contraceptifs¹⁷⁸⁵. En outre, le décret de 1972 prévoit que la pose du stérilet doit avoir lieu dans une enceinte médicale. Certains centres *médicaux* peuvent également être autorisés s'ils ont été agréés à ces fins¹⁷⁸⁶. Il est vrai qu'aujourd'hui, le paradigme de santé publique s'est légèrement affadi puisque désormais les contraceptifs peuvent être prescrits et/ou posés par d'autres professionnels¹⁷⁸⁷. Cependant, même si les lois du 9 août 2004 et du 21 juillet 2009 ont élargi le cercle des personnes habilitées - et des lieux autorisés - à délivrer une contraception¹⁷⁸⁸, il s'agit toujours de professionnels de santé. La question de l'accès à la contraception s'articule toujours autour d'un paradigme médical. Ces lois s'intitulent d'ailleurs : loi relative à *politique de santé publique* (loi du 9 août 2004) et loi portant *réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* (loi du 21 juillet 2009). Le cadre juridique de la contraception fait dès lors apparaître « *la construction sociale de ces choix [en matière de contraception] comme relevant exclusivement du médical et de la notion même de santé* »¹⁷⁸⁹.

601. La santé n'est pas ici appréhendée dans sa dimension strictement *individuelle*¹⁷⁹⁰ mais aussi dans sa dimension *collective* (*i.e.* de santé *publique*). La forte prise en charge des contraceptifs par la Sécurité sociale le montre¹⁷⁹¹. Ce remboursement est en effet rendu possible par la médicalisation de la contraception : en assimilant la contraception à un acte médical, les acteurs juridiques justifient sa prise en charge par la collectivité. En contrepartie, ce remboursement ancre plus

¹⁷⁸⁵ Article 4 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967.

¹⁷⁸⁶ Des centres de soins préventifs ou curatifs, et notamment les centres de protection maternelle et infantile peuvent être agréés dès lors qu'ils attestent, dans l'intérêt de la santé, des garanties suffisantes.

¹⁷⁸⁷ Article 5134-1 CSP : « *L'insertion des contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin ou une sage-femme. Elle est faite soit au lieu d'exercice du praticien, soit dans un établissement de santé ou dans un centre de soins agréé [...]. Les sages-femmes sont habilitées à prescrire les contraceptifs locaux et les contraceptifs hormonaux.* »

¹⁷⁸⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁷⁸⁹ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort, op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁹⁰ LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale », in BAULIEU E.E., HERITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁷⁹¹ Article 7 de la loi de n° 7 4-1026 du 4 décembre 1974.

encore la question dans le domaine médical. En principe, seule la prise en charge des problèmes médicaux est assurée par la Sécurité sociale. Cela montre que la question est abordée de manière *collective*. C'est bien parce qu'elle concerne *toute la collectivité* que celle-ci doit désormais prendre en charge 100% des frais qui sont liés à la contraception¹⁷⁹².

602. En France, la contraception s'est ainsi historiquement construite comme une question *collective*. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles les pouvoirs publics insistent autant sur l'aspect *préventif* et *éducatif* des politiques publiques relatives à la contraception, mises en place depuis les années 1970¹⁷⁹³. Le décret n° 72-318 relatif aux conditions de fonctionnement des établissements d'information, de consultation ou de conseil familial met en place des centres de planification et d'éducation sexuelle qui conseillent les couples sur « *les problèmes de la vie du couple, de la famille et de l'éducation des jeunes* »¹⁷⁹⁴. Par ailleurs, l'article L2312-1 CSP énonce depuis 1973 que « *l'information de la population sur les problèmes de la vie est une responsabilité nationale. L'État y participe notamment par l'aide qu'il apporte dans le respect des convictions de chacun, aux associations et organismes qui contribuent à cette mission d'information conformément aux lois de la République* ». La bonne transmission de cette information est ici pensée comme une responsabilité nationale qui doit être mise en œuvre par l'État. La collectivité dans son ensemble est donc concernée par la question contraceptive¹⁷⁹⁵. Pendant les débats de 2000 sur la contraception d'urgence, la place à accorder à l'éducation sexuelle et à l'information des jeunes est aussi un des points centraux des débats parlementaires¹⁷⁹⁶, où l'on peut lire que « *la prévention doit être renforcée comme dans toute politique de santé publique* »¹⁷⁹⁷. C'est en principe chose acquise : depuis une loi de 2004, « *une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupe d'âge*

¹⁷⁹² Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale pour 2013 ; voir aussi décret n° 2013-248 du 25 mars 2013 relatif à la participation des assurés prévue à l'article L322-3 du Code de la Sécurité sociale pour les frais liés à une interruption volontaire de grossesse et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures.

¹⁷⁹³ Voir sur cette question, GIAMI A., « Une histoire de l'éducation sexuelle en France : une médicalisation progressive de la sexualité (1945-1980) », *Sexologies*, n° 16, 2007, p. 219 et suivantes.

¹⁷⁹⁴ Décret n° 72-318 relatif aux conditions de fonctionnement des établissements d'information, de consultation ou de conseil familial.

¹⁷⁹⁵ La même année, l'existence de la circulaire Fontanet n° 73-299 du 23 juillet 1973 introduit dans les programmes scolaires des cours relatifs à la sexualité.

¹⁷⁹⁶ AN, 5 octobre 2000, Raymonde Texier, p. 6511 ; AN, 5 octobre 2000, Danielle Bousquet, p. 6513 ; AN, 5 octobre 2000, Bernard Perrut, p. 6514 ; AN, 5 octobre 2000, Françoise de Panafieu, p. 6516 ; Sénat, 30 octobre 2000, Lucien Neuwirth ; Sénat, 30 octobre 2000, Christian Demuynck.

¹⁷⁹⁷ AN, 5 octobre 2000, Hélène Mignon, p. 6501. AN, 5 octobre 2000, Hélène Mignon, p. 6501 ; AN, 5 octobre 2000, Ségolène Royal, p. 6508 ; AN, 5 octobre 2000, Raymonde Texier, p. 6511 ; AN, 5 octobre 2000, Danielle Bousquet, p. 6513 ; AN, 5 octobre 2000, Chantal Robin Rodrigo, p. 6515 ; AN, 5 octobre 2000, Françoise de Panafieu, p. 6516 ; AN, 5 octobre 2000, Muguette Jacquaint, p. 6518 ; AN, 5 octobre 2000, Marie-Thérèse Boisseau, p. 6519 ; AN, 5 octobre 2000, Conchita Lacuy, p. 6522 ; AN, 5 octobre 2000, Jean Legarrec, p.6527 ; AN, 5 octobre 2000, Dominique Gillot, p.6530 ; Sénat 30 octobre 2000, Janine Bardou ; Sénat 30 octobre 2000, Lucien Neuwirth ; Sénat, 30 octobre 2000, Claire Lise Champion ; Sénat, 5 octobre 2000, Philippe Nogrix ; Sénat, 30 octobre 2000, Serge Lagauche ; Sénat, 30 octobre 2000, Christian Demuynck.

homogène»¹⁷⁹⁸. Cette éducation vient notamment au soutien des processus de *responsabilisation* déjà mentionnés.

603. La *consultation médicale*, élément phare de l'encadrement juridique de la contraception, vient également au soutien de ces processus de *responsabilisation*. Tout d'abord, la loi impose une consultation médicale relative à la contraception tous les ans puisque les prescriptions pour les contraceptifs ne sont, en principe, valables qu'un an¹⁷⁹⁹. Les personnes doivent donc assister tous les ans à une consultation *médicale*. Ensuite, lorsque la gestion de la contraception est ouverte à d'autres professionnels de santé, tels que les infirmiers ou les médecins scolaires, l'importance de l'entretien est soulignée par les textes. Ainsi, l'article D5134-1 CSP prévoit que « *la délivrance par le pharmacien est précédée d'un entretien tendant à s'assurer que la situation de la personne mineure correspond aux critères d'urgence et aux conditions d'utilisation de cette contraception.* ». L'article D5134-7 CSP dispose, quant à lui, que « *la décision concernant l'administration d'une contraception d'urgence est précédée [dans les établissements universitaires et interuniversitaires de médecine préventive] d'un entretien avec l'élève, que [la personne] soit mineure ou majeure* ».

604. Cet entretien, fût-il justifié par des considérations médicales permet également au médecin d'assurer une « *surveillance continue* »¹⁸⁰⁰ des comportements contraceptifs. Cette *surveillance* est diffuse et latente : elle consiste principalement en une discussion avec les patients sur leurs comportements procréatifs. Elle permet de *parler* avec - et de *faire parler* - les patients, les faire réfléchir et s'assurer notamment qu'ils font un usage *responsable* de la contraception¹⁸⁰¹ : *médicalisation*, *responsabilisation* et *surveillance* vont de pairs. La consultation est paradigmatique d'un nouveau mode de gestion des comportements procréatif fondé, en France, sur la *responsabilisation* et la *surveillance médicale*. En Allemagne, la question contraceptive n'est pas aussi explicitement articulée autour d'un paradigme de santé publique mais elle est malgré tout également *médicalisée*. En Allemagne, comme en France, ce n'est donc pas non plus le paradigme de l'autonomie qui structure l'encadrement juridique de la contraception.

¹⁷⁹⁸ Article L312-16 du Code de l'éducation. Les pouvoirs publics mettent, par ailleurs, par la suite, en place une série de mesures relatives à l'éducation à la contraception 2007-2009 : « *La meilleure contraception, c'est celle que l'on choisit* » ; 2009 : « *Faut-il que les hommes tombent enceintes pour que la contraception nous concerne tous* » ; 2012 : « *Choisir sa contraception* » ; 2013 : « *La contraception qui nous convient existe* » ; 2014 : « *À chacun sa contraception* ».

¹⁷⁹⁹ Il y a eu quelques assouplissements : voir notamment, l'article R5134-4-1 CSP : « *Afin de permettre la poursuite d'un traitement contraceptif lorsque la totalité des contraceptifs prescrits a été délivrée, le pharmacien peut dispenser, pour une durée qui ne peut excéder six mois, les contraceptifs oraux mentionnés sur l'ordonnance, si : 1° Le contraceptif visé ne figure pas sur la liste mentionnée au deuxième alinéa de l'article L5125-23-1 ; 2° L'ordonnance date de moins d'un an. La durée de dispensation supplémentaire réalisée par le pharmacien soit sur renouvellement de la prescription par l'infirmier en vertu de l'article L4311-1, soit sur son initiative dans le cadre du présent article, soit cumulativement par l'un et l'autre, ne peut excéder au total six mois* ».

¹⁸⁰⁰ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*, p. 18. Pour une vision plus positive du rôle du médecin, LENOIR N., « *La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale* », in BAULIEU E.E., HERITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁸⁰¹ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

B. En Allemagne

605. En Allemagne, il n'existe pas - en général et plus précisément en ce qui concerne les questions contraceptives - de concept de *santé publique* comparable au modèle français. D'ailleurs, les différentes réformes - à l'exception de celle relative à la vente libre de la pilule du lendemain - ne s'inscrivent pas dans le champ du droit de la santé mais dans celui du droit pénal. Même s'il arrive que les pouvoirs publics fassent parfois allusion à la protection de la *santé publique*¹⁸⁰², ce n'est pas au nom de cette dernière qu'ils aménagent juridiquement l'accès à la contraception. Le faible taux de remboursement des contraceptifs illustre cette approche moins collective de la contraception. En effet, si les consultations contraceptives sont remboursées¹⁸⁰³, les contraceptifs eux-mêmes ne sont pris en charge que pour les jeunes filles de 18 à 20 ans¹⁸⁰⁴, ce qui est assez restrictif¹⁸⁰⁵. Si, en France, la rhétorique de la *santé publique* permet de légitimer le caractère *médical* de la contraception et justifie, par conséquent, sa prise en charge par la collectivité ; en Allemagne, la contraception est davantage présentée comme une question *individuelle*, soumise à la responsabilité de chacun¹⁸⁰⁶. En effet la faible prise en charge par la Sécurité sociale de la contraception n'est pas sans lien avec la nécessaire *responsabilisation* des individus sur ce point. Un commentaire officiel du Code de la Sécurité sociale précise d'ailleurs que « *la décision préalablement prise sur le fait de vouloir ou non tomber enceinte ou devenir parent ne concerne, ni la Sécurité sociale, ni l'État, mais dépend de la sphère intime de chaque individu [...]. La décision pour ou contre une grossesse et la parenté n'est pas un devoir des caisses d'assurance ou de l'État mais appartient à la sphère privée* »¹⁸⁰⁷. L'absence d'approche collective de la question de la contraception explique à la fois la faible prise en charge et soutient les processus de *responsabilisation*.

606. Cependant, certaines caractéristiques de la *médicalisation* structurent également l'encadrement juridique de la contraception ; elle légitime la libéralisation de la contraception et des éventuelles atteintes à la vie qu'elle induit. Cette médicalisation comprend également outre-Rhin une

¹⁸⁰² Voir le rapport sur la santé du gouvernement : Gesundheitsbericht der Bundesregierung, Drucksache 6/1667, 18 décembre 1970, p. 77, §118.

¹⁸⁰³ Voir la cinquième loi portant réforme du droit pénal - Fünfte Strafrechtsänderungsreform, 28 août 1975.

¹⁸⁰⁴ Actuellement §24a I SGB V - anciennement §200^e RVO.

¹⁸⁰⁵ Même en Allemagne, la limite d'âge est critiquée car elle apparaît « arbitraire » : BECKER U., KINGREEN T., *SGB V Kommentar*, §24a, Rn 9 ; KRAUSKOPF D., *SGB Kommentar*, §214 a, Rn 10. Mais le juge a refusé d'interpréter autrement la limite d'âge. Voir, par exemple : HessLSG 23 janvier 2013 : « *Dans le cas du recours à un médicament en raison de la prescription d'un contraceptif à une femme, qui est plus âgée que 20 ans, une procédure préliminaire n'a pas lieu au titre du §106 alinéa 5 phrase 9 du SGB V, car l'exclusion de cette prestation est directement mentionnée par le §24 a alinéa 2 SGB V. La limitation d'âge prévue par le §24a ne porte pas atteinte au principe d'égalité (garanti par l'article 3 de la Loi fondamentale). Rien n'indique que la législation serait lacunaire. SG Stuttgart 11 mai 2012 ; SG Dresden 14 décembre 2011* ».

¹⁸⁰⁶ En ce sens, FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, op. cit., p. 24.

¹⁸⁰⁷ §24a Empfängnisverhütung SGB V. Voir, BECKER U., KINGREEN T., *SGB V - Gesetzliche Krankenversicherung*, 4^{ème} édition, 2014, Rn. 1.

dimension collective. Pour preuve, l'État met en place des politiques *publiques* visant à informer et *éduquer* les individus en matière de contraception. À partir de la fin des années 1960, l'éducation à la contraception devient un élément des programmes éducatifs et un principe de l'enseignement scolaire¹⁸⁰⁸, ce qui suppose une appréhension, au moins partiellement, collective de cette question. Dans une décision du 21 décembre 1977, la Cour constitutionnelle déclare que l'école, en tant qu'institution de droit public, est légitime pour mettre en œuvre des cours d'éducation sexuelle¹⁸⁰⁹. Certes, par principe, « *l'éducation sexuelle individuelle est, en première ligne, une composante du droit naturel des parents à l'éducation de l'enfant sur le fondement de l'article 6 alinéa 2 de la Loi fondamentale* ». La Cour entend éviter ici que l'école serve à l'endoctrinement des élèves¹⁸¹⁰. Toutefois, « *l'État est habilité, en raison de sa mission d'éducation et de formations, à mettre en place une éducation sexuelle à l'école* »¹⁸¹¹. Ainsi, même si le contexte historique empêche la Cour de considérer la question comme pleinement collective¹⁸¹², elle admet, malgré tout, que l'école puisse être un lieu d'éducation à la sexualité et à la contraception, reconnaissant le caractère partiellement collectif des questions contraceptives. Par ailleurs, on peut observer que les politiques éducatives se renforcent à partir des années 1990¹⁸¹³. Le législateur intervient en 1992¹⁸¹⁴ pour organiser l'accès à l'information sur les différentes méthodes contraceptives¹⁸¹⁵, y compris dans les écoles¹⁸¹⁶. Les motifs du projet de loi¹⁸¹⁷ précisent que « *la diffusion de l'information est une mission de service public et que le cœur de l'information délivrée doit être relatif aux*

¹⁸⁰⁸ BACH K, WELLER K., « Ist die Sexualerziehung den Herausforderungen der Gegenwart noch gewachsen ? », Manuskriptdruck, Herausgeber anlässlich der Gemeinschaftsveranstaltung der Thüringer Aids-Prävention, des Pro Familia Landesverbandes Thüringen und der Gesellschaft für Sexualwissenschaft, 8 et 10 octobre 1993 in Reinhardtsbrunn, p. 2. Voir également les directives de l'office fédéral pour l'information à la santé : Richtlinien und Lehrpläne zur Sexualerziehung - eine Analyse der Inhalte, Normen, Werte und Methoden zur Sexualaufklärung in den sechzehn Ländern der Bundesrepublik Deutschland ; EXPERTISE Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, 2004, p. 9.

¹⁸⁰⁹ BVerfG, 21 décembre 1977 - BVerfGE 47, 46. Voir notamment, BACH K, WELLER K., « Ist die Sexualerziehung den Herausforderungen der Gegenwart noch gewachsen ? », *op. cit.*, p. 2.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, considérant 2 : « *L'éducation sexuelle à l'école doit respecter ouvertes aux différentes conceptions axiologiques de la question et respecter le droit naturel des parents à l'éducation de leurs enfants et à leurs conceptions religieuses et philosophiques dès lors qu'elles importent en matière de sexualité. L'école doit en particulier éviter toute tentative d'endoctrinement* ».

¹⁸¹¹ BVerfG, 21 décembre 1977 - BVerfGE 47, 46, considérant 1.

¹⁸¹² Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

¹⁸¹³ S'en suit, alors, dans les années 90, une modification des directives relatives à l'éducation sexuelle au sein des différents Länder. Voir notamment, BACH K, WELLER K., « Ist die Sexualerziehung den Herausforderungen der Gegenwart noch gewachsen ? », *op. cit.*, p. 4.

¹⁸¹⁴ Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten - Loi visant à éviter et lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

¹⁸¹⁵ §1 alinéa 2 SchKG - Loi visant à éviter et lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992 : « *L'agence fédérale pour l'éducation à la santé qui est compétente pour la promotion et l'éducation sanitaire crée, avec la participation des Länder et en coopération avec les représentants des centres de consultations pour les familles tous les supports nécessaires à la prévention en matière de santé, pour empêcher et résoudre les conflits de grossesse en matière d'information à la sexualité, qui doit toujours être adaptée aux différents âges et personnes concernées [...]. L'agence centrale diffuse tout le matériel - dans lequel les méthodes et moyens de contraceptions sont vastement présentés - nécessaire à l'éducation* ».

¹⁸¹⁶ §1 alinéa 3 SchKG - Loi visant à éviter et lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992 : le matériel nécessaire à cette campagne d'information pourra être envoyé gratuitement à chaque personne qui le demande et sera, en outre, livré comme matériel éducatif aux écoles et autres organismes de formation, aux centres de consultation ainsi qu'à toutes les institutions de formation professionnelle des jeunes.

¹⁸¹⁷ Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs- Schwangeren- und Familienhilfegesetz -, BT Drucksache 12/2605.

méthodes contraceptives »¹⁸¹⁸. L'éducation contraceptive devient ainsi une mission centrale de l'État¹⁸¹⁹. La contraception est donc toujours appréhendée, au moins partiellement, comme une question *collective*, notamment car elle est abordée comme un problème *médical*.

607. En ce sens, notons que la contraception est libéralisée, comme en France, afin de protéger la *santé* des femmes¹⁸²⁰. Dans la mesure où législateur n'est jamais réellement intervenu pour légaliser l'accès à la contraception¹⁸²¹, il est plus difficile d'identifier, en Allemagne, une véritable rhétorique médicale sur cette question. Malgré tout, certains propos permettent d'établir un lien entre la question contraceptive et la protection de la santé des femmes. Certains parlementaires plaident, par exemple, en faveur de la prise en charge par la Sécurité sociale de la contraception car « *les femmes, en particulier, ont, en la matière, besoin d'une aide sociale, médicale et sanitaire* »¹⁸²². Ce lien est indirectement mis en lumière par le rapport du ministère de la Santé de 1970 qui insiste sur les dangers des grossesses répétées¹⁸²³. En outre, certains auteurs insistent sur l'utilité des contraceptifs pour lutter contre les dangers *physiques* et *psychiques* de l'avortement illégal¹⁸²⁴.

608. Par ailleurs, comme en France, le médecin et la consultation médicale, qualifiée de *droit* par la loi de 1992¹⁸²⁵, sont centraux en droit allemand. Ainsi, en Allemagne, à l'exception de la contraception d'urgence, seul un médecin est habilité à délivrer une contraception. L'accès à une contraception régulière, qu'elle soit intra-utérine ou hormonale, est conditionné par une prescription médicale. Cette prescription doit être renouvelée tous les 6 mois¹⁸²⁶, ce qui suppose de se rendre deux fois par an à une consultation médicale. Il est vrai que cette obligation de renouvellement de la prescription est liée, comme en France, aux éventuels risques médicaux induits par une contraception, en particulier lorsqu'elle est hormonale. Cependant, le suivi strictement *médical* de la patiente n'est pas le seul facteur explicatif de l'importance accordée à la consultation. C'est également sa fonction de *surveillance* qui est mise en avant. Pour preuve : la vente libre de la contraception d'urgence fait l'objet d'une forte critique par le corps médical. En effet, en 2014, lorsqu'il est question d'en autoriser la vente libre, le corps médical est très réticent. Pas seulement car il importe de protéger la patiente contre les risques médicaux éventuellement impliqués par le recours à une contraception d'urgence mais également en raison de l'absence de

¹⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁸¹⁹ BVerfG, 29 mai 1993 - BVerfGE 88, 203.

¹⁸²⁰ ESER A., VON LUTTEROTTI M., SPORKEN P., *Lexikon Medizin, Ethik und Recht*, Herder, Freiburg, 1989, p. 279.

¹⁸²¹ Il n'intervient réellement que pour clarifier le statut pénal des inhibiteurs de nidation : cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁸²² BT, 88^{ème} séance, 21 mars 1974, Schellenberg, p. 5765.

¹⁸²³ Gesundheitsbericht der Bundesregierung, Drucksache 6/1667, 18 décembre 1970, p. 77 - 78.

¹⁸²⁴ SAERBECK K., *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff*, *op. cit.*, p. 89 ; HIRSCH, « Die Pille Danach », *op. cit.*, p.14.

¹⁸²⁵ §1 SchKG - Loi visant à éviter et lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

¹⁸²⁶ Selon la directive de la des médecins et des caisses d'assurance maladie : BaAK, *Richtlinie zur Empfängnisregelung und zum Schwangerschaftsabbruch*, 10 décembre 1985, n° 60 a, §12.

compétence du pharmacien (qui délivrera désormais la pilule du lendemain) à réaliser une consultation appropriée :

« il apparaît problématique, voire souvent impossible de réussir à délivrer, dans une pharmacie, une consultation minutieuse, confidentielle et qualifiée médicalement sur les questions de savoir si la prise de la pilule est absolument nécessaire, quelle préparation est la plus appropriée, quels sont les effets secondaires à attendre et surtout, comment utiliser une contraception pendant la fin du cycle afin que le décalage de l'ovulation ne conduise pas à une grossesse non désirée »¹⁸²⁷.

609. D'ailleurs, depuis l'autorisation de sa vente, l'augmentation de la délivrance de la pilule du lendemain - apparemment de 40% - est considérée comme la preuve de l'incapacité des pharmaciens à « réaliser correctement la consultation »¹⁸²⁸. Plusieurs acteurs médicaux et juridiques insistent sur l'importance de la consultation car les femmes ne réussiront pas à savoir « *si et quand elles doivent prendre la pilule du lendemain* »¹⁸²⁹. Le gouvernement interdit d'ailleurs aux pharmaciens d'envoyer la pilule du lendemain à domicile¹⁸³⁰ car - outre le fait que le temps de livraison nuirait à son efficacité - cela empêche une consultation avec le pharmacien¹⁸³¹. La consultation peut ici être vue comme permettant la mise en œuvre latente d'une surveillance des comportements contraceptifs : il importe désormais de *parler* avec la patiente de son comportement contraceptif. La surveillance se veut spécifiquement *médicale* puisque cette consultation doit être réalisée *par un médecin* pour être remboursée par la Sécurité sociale¹⁸³².

610. En Allemagne, comme en France, le régime juridique de la contraception est ainsi structuré autour d'une *médicalisation* de la contraception qui met en lumière le déploiement de techniques biopolitiques de gestion des comportements procréatifs, à l'instar de la *responsabilisation* ou de *surveillance* (fondée surtout sur l'usage de la *parole*). Ce modèle apparaît *biopolitique* en ce qu'il n'est pas principalement fondé sur la sanction pénale mais sur de nouvelles techniques diffuses de contrôle social. Ce nouveau modèle légitime, comme en France, la libéralisation de la

¹⁸²⁷ Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) zur Position des Berufsverbandes der Frauenärzte (BVF) und der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologische Endokrinologie und Fortpflanzungsmedizin (DGGEF), 09 janvier 2015. Voir aussi la position de la fédération professionnelle des gynécologues, disponible sur http://bvf.de/pdf/fachinfo/PM_Notfallkontrazeption.pdf ; de la société allemande de gynécologie et de soins obstétriques, DGGG, Stellungnahme, disponible sur http://www.dggg.de/fileadmin/documents/stellungnahmen/aktuell/2015/215_Stellungnahme_BVF_DGGG_DGGEF_zu_Handlungsempfehlungen.pdf ; KUHRT N., « Pille danach, Frauenärzte blockieren Freigabe ohne Rezept », *Spiegel*, 29 mars 2012. Voir également sur ce point, HABICH I., « Nach Freigabe Verkäufe der Pille danach steigen um 40 Prozent », *Spiegel*, 27 juillet 2015 ; « Größe lehnt Freigabe der Pille danach ab », *Spiegel*, 08 février 2014.

¹⁸²⁸ Voir les propos de Birgit Seelbach-Göbel, vice-présidente de la société allemande de gynécologie et de soins obstétriques retranscrits par HABICH I., « Verkäufe der Pille danach steigen um 40 Prozent », *Spiegel*, 27 juillet 2015.

¹⁸²⁹ Position de la fédération professionnelle des gynécologues, « Frauenärzte warnen vor der Freigabe der Pille danach », disponible sur http://bvf.de/pdf/fachinfo/PM_Notfallkontrazeption.pdf.

¹⁸³⁰ §17alinéa 2b Apothekenbetriebsordnung - règlement sur le fonctionnement des pharmacies.

¹⁸³¹ SCHERSCH S., TEBROKE E., « Bundesrat stimmt Freigabe zu, 11/2015 », *Pharmazeutische Zeitung*, 21/2013 ; SCHERSCH S., Koalition stimmt gegen Freigabe, *Pharmazeutische Zeitung*, 21/2013.

¹⁸³² §24a SGB V. Voir aussi, BaAk, *Richtlinie zur Empfängnisregelung und zum Schwangerschaftsabbruch*, *op. cit.*

contraception. La *médicalisation* permet ainsi, sous des formes différentes en France et en Allemagne, aux individus de faire des choix procréatifs et éventuellement de porter atteinte à la vie anténatale. Dans ce cadre médicalisé, l'acceptation large de la notion de santé (qui recouvre tant le bien-être physique que psychologique des personnes) se rapproche de la notion d'épanouissement personnel, elle-même liée à celle de la liberté individuelle. Cette acceptation large encourage dès lors l'idée selon laquelle la *liberté individuelle* se situerait au cœur de l'encadrement juridique de la contraception. Tel n'est pas le cas, ni pour l'encadrement juridique de la contraception, ni, comme on va le voir maintenant, pour l'avortement.

II. La médicalisation, paradigme de la libéralisation de l'avortement

611. En France, c'est très clairement la construction de l'IVG comme une question de santé publique qui légitime depuis 1975 la libéralisation de l'avortement. Ce sont des considérations collectives et sanitaires qui justifient l'autorisation de l'IVG et les atteintes à la vie anténatale qui y sont liées. Ces justifications expliquent en partie la mise en place, en France, d'un nouveau mode de contrôle social des comportements abortifs, non plus fondé sur la sanction pénale mais sur la *médicalisation* (A). En Allemagne, la difficile libéralisation de l'IVG ne s'organise pas autour d'un paradigme de *santé publique* similaire à celui qui structure les évolutions du français mais elle s'articule quand même autour d'une *médicalisation* de l'IVG (B).

A. En France

612. Tant l'objectif de la dépénalisation (1) que le cadre juridique mis en place (2) montrent que l'encadrement juridique l'avortement en France est travaillé par un paradigme de santé publique et une *médicalisation* de l'IVG.

1. L'objectif de santé publique dans les discours sur l'avortement

613. En France, la dépénalisation de l'IVG entend notamment protéger les femmes contre les dangers des avortements clandestins, à l'instar de la libéralisation la contraception. Lors des débats parlementaires des années 1970, les députés considèrent que l'on «*pourra éviter la multiplicité des avortements chez une même femme, avec les graves séquelles que constituent, outre la stérilité, la mortalité infantile, les naissances prématurées et certaines déficiences infantiles*»¹⁸³³. Les parlementaires observent en effet que

¹⁸³³ AN, séance 1, du 27 novembre 1974, Étienne Pinte, p. 7085.

les femmes peuvent « aller jusqu'à braver la loi, jusqu'à mettre très gravement en danger leur santé et leur descendance future afin d'interrompre leur grossesse »¹⁸³⁴ ou que

*« le refus d'une grossesse est aussi irrépensible que le désir de maternité. Je n'en prendrai pour preuve que l'acceptation délibérée, par la femme, des moyens atroces employés pour la faire avorter, des risques graves qu'elle encourt, qui menacent sa santé, voire sa vie »*¹⁸³⁵. Par conséquent, « dans la situation détestable où nous sommes, nous ne pouvons refuser de mettre au point une législation dont l'intérêt premier et évident, chacun le sent bien à la lecture de ce projet, est la protection de la santé des femmes de France »¹⁸³⁶.

Dans la mesure où les femmes sont manifestement prêtes à risquer leur santé et leur vie pour interrompre une grossesse non désirée et que la menace du droit pénal reste sans effet pour les en dissuader, ils considèrent qu'il faut dépénaliser l'avortement afin de protéger leur santé.

614. Au-delà de la protection de la santé physique des femmes contre les risques inhérents aux avortements clandestins, ils entendent également protéger leur santé mentale en les empêchant de prendre une décision traumatisante qu'elles pourraient fortement regretter car « l'avortement [...] ne peut être une solution de facilité pouvant engendrer, à terme, des traumatismes dont l'ampleur est imprévisible, mais qui, biologiquement, sont certains »¹⁸³⁷. Plus récemment, en 2000, certains parlementaires considèrent que les jeunes filles qui sont « contraintes de poursuivre une grossesse non désirée [...] risquent de voir leur jeunesse et leur vie détruites »¹⁸³⁸, tandis que d'autres assimilent la grossesse non désirée à un « drame personnel et familial ».¹⁸³⁹ C'est donc une acception large de la santé¹⁸⁴⁰ - incluant tant les risques médicaux, psychologiques que sociaux - qui guide la réforme.

615. Par ailleurs, même si l'argument est bien moins présent qu'en matière contraceptive, les parlementaires entendent également protéger la santé des enfants à naître, insistant à nouveau sur la nécessité pour ces derniers de venir au monde dans de bonnes conditions et d'avoir été désirés¹⁸⁴¹. Preuve supplémentaire d'une approche collective de la question, la natalité y est une problématique absolument centrale¹⁸⁴².

¹⁸³⁴ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Hélène Missoffe, p. 7003.

¹⁸³⁵ AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Gisèle Moreau, p. 7025.

¹⁸³⁶ AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Roger Chinaud, p. 7019. Dans le même sens, AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Albin Chalendon : p. 7028 ; AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Yves Le Foll, p. 7086 ; AN, séance 2 du 27 novembre 1974, Anne Marie Frisch, p.7114 ; AN, séance 2, 27 novembre 1974, Jacqueline Thôme-Patenôtre, p. 71118 ; AN, 27 novembre 1974, Jacques Soustelle, p. 7133 ; AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 7000 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Roger Chinaud, p. 7019 AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Étienne Pinte, p. 7085.

¹⁸³⁷ AN 28 novembre 1974, Michel Cointat, p. 7225. Cet argument se retrouve encore en 2001.

¹⁸³⁸ AN, séance 2 du 29 novembre 2000, Muguette Jacquaint, p. 9531.

¹⁸³⁹ AN, séance 2 du 29 novembre 2000, Nicole Ameline, p. 9550.

¹⁸⁴⁰ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁸⁴¹ AN, séance 2 du 29 novembre 2000, Yvette Roudy, p. 9544 : « Parce que choisir de donner la vie au moment qui nous semble le plus opportun [c'est] pour donner à l'enfant à venir ses meilleures chances de développement » ; Nicole Catala, p. 9546 : « En pensant à ces jeunes femmes à peine sorties de l'adolescence et qui n'ont pas la maturité d'adulte nécessaire pour accueillir et élever un enfant ».

¹⁸⁴² Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

616. Dans les années 1970, l'IVG n'est ainsi pas pensée comme un droit mais comme une *concession*¹⁸⁴³ faite au nom de la protection de la santé des femmes. Simone VEIL déclare en effet que « *l'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue [...]. Aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l'avortement [...]. C'est toujours un drame et cela restera toujours un drame [...]. Si le projet [...] tient compte de la situation de fait existante, s'il admet la possibilité d'une interruption de grossesse, c'est pour la contrôler, et autant que possible, en dissuader les femmes* »¹⁸⁴⁴.

617. L'argumentaire des défenseurs de la légalisation se fonde sur une approche collective de la santé, comme le montre l'utilisation répétée des termes de *santé publique*. Certains députés déclarent ainsi « *que l'avortement [...] constitue un véritable fléau social et que, dans les conditions où il se pratique aujourd'hui, il porte un grave préjudice à la santé publique* »¹⁸⁴⁵ ou que le « *problème juridique de l'avortement est aussi un problème de santé publique* »¹⁸⁴⁶. Le droit positif reflète cette construction rhétorique (de l'avortement comme une question de santé publique).

2. La santé publique et la construction du régime juridique de l'avortement en droit positif

618. Les différentes réformes relatives à l'IVG montrent très clairement que cette dernière a été historiquement - et est encore aujourd'hui - travaillée en droit positif par un paradigme de santé publique : le régime a été - et demeure - structuré autour d'une *médicalisation* de l'IVG qui place le *médecin* au centre du nouveau régime. Le parcours d'IVG s'inscrit dans un paradigme *collectif* (et une gestion étatique) de santé publique.

619. En premier lieu, la loi de 1975 prévoit que seul un médecin peut pratiquer un avortement. Depuis 1975, le rôle du médecin est aussi central qu'inéluctable : jusqu'en 2016, seul un médecin peut pratiquer une IVG. Il est vrai que depuis 2016, les sages-femmes sont elles aussi autorisées à réaliser des IVG médicamenteuses. Il s'agit malgré tout de professionnels de santé qui ne peuvent agir que dans « *un établissement de santé, public ou privé, ou dans le cadre d'une convention conclue entre le praticien ou la sage-femme ou un centre de planification ou d'éducation familiale ou un centre de santé et un tel établissement* »¹⁸⁴⁷. De plus, l'article L2212-2 CSP dispose que « *l'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin ou, pour les seuls cas où elle est réalisée par voie médicamenteuse, par une*

¹⁸⁴³ BOUSQUET D., LAURANT F., *L'accès à l'IVG, Volet 2, op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁴⁴ AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 6999.

¹⁸⁴⁵ AN, 26 novembre 1974, Jacques Antoine Gau, p. 7007. Voir aussi, AN, 28 novembre 1974, Gaston Deferron, p. 7239 : « *Le projet qui sera sans doute adopté ne permettra donc pas de remédier totalement à une situation qui depuis des années - vous devez tous le reconnaître, et le Gouvernement lui-même l'a admis en renonçant aux poursuites judiciaires - est grave et néfaste, non seulement sur le plan de la morale, mais aussi sur celui de la santé publique* ».

¹⁸⁴⁶ Voir également AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Claude Peyret, p. 7087.

¹⁸⁴⁷ Article L221262 CSP.

sage-femme». Le médecin est présenté comme la personne habilitée *par principe* pour réaliser une IVG et la sage-femme seulement à titre incident.

620. En second lieu, la loi de 1975 impose un monopole des établissements publics pour la pratique des IVG. Ce monopole fait progressivement l'objet d'une ouverture contrôlée par le biais des agréments aux établissements privés¹⁸⁴⁸.

621. En troisième lieu, la réforme de 2001 est guidée par une approche sanitaire : elle supprime du Code pénal les dispositions relatives à l'avortement et les inscrit dans le Code de *santé publique*. De plus, elle consacre l'IVG comme une obligation du service public hospitalier¹⁸⁴⁹. Une circulaire du 28 septembre 2001 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 énonce que « *la pratique des IVG étant une mission de service public, tout chef de service ou de département est tenu d'assurer l'organisation, dès lors que, conformément à la loi hospitalière, l'établissement lui en a confié la mission* »¹⁸⁵⁰. Trois ans plus tard, la loi du 9 août 2004 relative à la santé publique réitère implicitement cette obligation en incluant « *le champ de la contraception et de l'IVG dans les domaines de la santé publique pour lesquels sont fixés des objectifs quantifiés concernant les cinq prochaines années* »¹⁸⁵¹.

622. En 2009, dans une logique de fluidification du parcours de soin, la loi aspire à élargir les catégories professionnelles compétentes pour des IVG : elle substitue à la notion de *service public hospitalier* celle de *mission de service public*¹⁸⁵². En passant d'une notion organique à une notion fonctionnelle, la loi espère améliorer l'accès à la santé dans tous les établissements de santé, privés comme publics (d'où la suppression du terme hospitalier au profit d'un terme plus général, celui de service public)¹⁸⁵³. Des considérations partiellement *collectives* guident cette réforme de la santé. Elles se manifestent notamment par une gestion *étatisée* l'IVG, construite comme une question de *santé publique*.

623. Il en va de même en 2016, alors que le délai de réflexion est supprimé. La loi s'intitule « *loi de modernisation du système de santé* », ce qui continue à inscrire l'avortement dans une approche médicalisée. De manière générale, les réformes ont été mises en œuvre dans le cadre de la modernisation du système de *santé*, portées par la ministre de la *Santé* et intégrées au Code de la *santé publique*.

¹⁸⁴⁸ Article L2212-3 CSP.

¹⁸⁴⁹ STRINGRE D., *Le service public hospitalier*, Paris, PUF, 2012, p. 4.

¹⁸⁵⁰ Circulaire DGS/DHOS n° 2001-467 du 28 septembre 2001 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001.

¹⁸⁵¹ Conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale (CSIS), *Rapport du groupe de travail n° 2 portant sur l'organisation du système de soins en matière d'interruption volontaire de grossesse (IVG)*, janvier 2011, p. 6.

¹⁸⁵² Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

¹⁸⁵³ STRINGRE D., *Le service public hospitalier, op. cit.*, p. 30.

624. Le renforcement du remboursement de l'IVG ancre lui aussi la question dans un cadre sanitaire. En effet, si la collectivité accepte de prendre en charge l'IVG, c'est parce qu'il est pensé comme un acte médical. En ce sens, Marisol TOURAINE, ministre de la Santé, s'exprimant en faveur du remboursement intégral de l'IVG, présente l'avortement comme un « *choix de santé publique* »¹⁸⁵⁴. Chacune des réformes relatives au remboursement - en 1982¹⁸⁵⁵, 2012¹⁸⁵⁶ et 2016¹⁸⁵⁷ - inscrit donc nécessairement la pratique de l'IVG dans un cadre de santé publique.

625. Par ces différents éléments, l'ordre juridique procède ainsi à une *médicalisation* de l'IVG¹⁸⁵⁸. Cette médicalisation peut être vue comme permettant la mise en place de nouveaux mécanismes de gestion des comportements procréatifs¹⁸⁵⁹. En effet, le cadre juridique permet la mise en place d'une *surveillance socio-médicale* des comportements abortifs. La loi délègue *expressément* aux médecins, et au personnel social, la mission de contrôler ces comportements¹⁸⁶⁰ en plaçant, comme en matière de contraception, la *consultation* au cœur de son régime. En France, entre 1975 et 2001¹⁸⁶¹, la loi impose une consultation psycho-sociale¹⁸⁶². Les femmes ne peuvent interrompre leur grossesse qu'à la condition qu'elles acceptent de *parler* à un médecin ou à un spécialiste du domaine psycho-social (appartenant à un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé)¹⁸⁶³. En ce sens, Simone VEIL précise en 1975 que

« [l'entretien psycho-social] sera, en outre, une nouvelle occasion d'évoquer avec la femme, le problème de la contraception et la nécessité dans l'avenir, d'utiliser des moyens contraceptifs pour ne plus jamais avoir à prendre la décision d'interrompre une grossesse pour les cas où la femme ne désirerait pas avoir d'enfant. Cette information en matière de régulation des naissances - qui est la meilleure des dissuasions à l'avortement - nous paraît si essentielle que nous avons prévu d'en faire une obligation, sous peine de fermeture administrative »¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁵⁴ Propos retranscrit par Libération, 26 octobre 2012.

¹⁸⁵⁵ Article 5 de la loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure.

¹⁸⁵⁶ Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale pour 2013.

¹⁸⁵⁷ L'arrêté du 26 février 2016 relatif aux forfaits afférents à l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁸⁵⁸ FERRAND-PICARD M., « Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux », *Revue française de sociologie*, 1982, 23/3, p. 383. Voir aussi, HORELLOU-LAFARGE C., « Une mutation dans les dispositifs du contrôle social : le cas de l'avortement », *Revue française de sociologie*, 1982, 23-3, p. 397 ; SERVERIN E., « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, n° 1, p. 1.

¹⁸⁵⁹ FERRAND-PICARD M., « Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux », *op. cit.*, p. 383.

¹⁸⁶⁰ SERVERIN E., « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁶¹ Article 5 de la LOI n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception

¹⁸⁶² Voir sur ce point, DEVREUX A.M., « De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG », *Revue française de sociologie*, 1982, 23-3, p. 455.

¹⁸⁶³ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*, p. 26 et suivantes.

¹⁸⁶⁴ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 7001. Dans le même sens, AN, séance 1, du 27 novembre 1974, Étienne Pinte, p. 7085 : « Là encore, le dialogue remplira pleinement son rôle, car il pourra éviter la multiplicité des avortements chez une même femme, avec les graves séquelles que constituent, outre la stérilité, la mortalité infantile, les naissances prématurées et certaines déficiences infantiles ». Voir aussi, ROLLAND P., *La liberté morale et l'Ordre public*, Collection Thèses françaises, Université de Paris, 1976 cité

626. Ainsi, *via* la consultation psycho-sociale, les femmes sont soumises à une « *obligation de conformité biographique* », leurs arguments à une demande d'IVG devant être jugés socialement et moralement valables par le conseiller¹⁸⁶⁵, et notamment par le médecin en charge du premier entretien au sein duquel la grossesse est constatée. Les causes de la grossesse non désirée et les motifs de l'avortement sont discutés alors qu'est remis le dossier-guide aux femmes¹⁸⁶⁶. Même si dans les faits, l'attestation n'est jamais refusée, puisque la femme peut qualifier seule son état de détresse¹⁸⁶⁷, rien n'empêche en revanche les médecins d'exprimer un jugement de valeur à l'encontre des femmes enceintes s'ils ne considèrent pas leurs motifs d'IVG légitimes¹⁸⁶⁸. De 1975 à 2001, ce n'est donc que sous la tutelle des professionnels médico-sociaux que les femmes peuvent obtenir une IVG. La suppression en 2001, du caractère obligatoire de la consultation psycho-sociale, n'a pas pour autant fait disparaître la « *nécessité de parler* »¹⁸⁶⁹ puisque le droit prévoit toujours des entretiens et des consultations¹⁸⁷⁰.

627. En Allemagne, ce n'est pas autour d'une approche aussi collective (*i.e.* étatisée) de l'IVG que se structure la question. Elle est avant tout présentée comme une opposition entre, d'un côté, le droit à la vie et, de l'autre, le droit à l'autodétermination de la femme. Le régime juridique de l'avortement se structure néanmoins autour d'une médicalisation de l'IVG, fût-elle moins prégnante qu'en France.

B. En Allemagne

628. Dans les années 1970, des arguments relatifs à la protection de la santé des femmes sont également avancés par les défenseurs de la libéralisation en Allemagne (1). La libéralisation n'est toutefois admise que dans les années 1990, la Cour acceptant en 1993 que le mécanisme de la *consultation socio-médicale* puisse se substituer à celui de la sanction pénale. Cette inflexion significative du raisonnement du juge constitutionnel permet la mise en place d'un nouveau mode de gestion des comportements abortifs, fondé sur la *médicalisation* et la *surveillance*, nouveau cadre dans lequel

par PAVARD B., ROCHEFORT F., ZANCARINI-FOURNEL M., *Les événements fondateurs - Les lois Veil, contraception 1974, IVG 1975*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸⁶⁵ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*, p. 27, p. 31 et p. 45.

¹⁸⁶⁶ DEVREUX A.M., « De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG », *Revue française de sociologie*, 1982, 23/3, p. 457.

¹⁸⁶⁷ CE, 31 octobre 1980, n° 13028 ; Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁸⁶⁸ NISAND I., *L'IVG en France - Propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les Femmes*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁶⁹ DEVREUX A.M., « De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG », *op. cit.*, p. 468.

¹⁸⁷⁰ Voir sur ce point, MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *op. cit.*, p. 42 : Au contraire, maintenant que la « *discussion a lieu pendant les consultations médicales, il y a eu un élargissement des fonctions du médecin à la prise en charge psychologique et morale des patientes* ». Sur cette question, SERVERIN E., « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *op. cit.*, p. 1.

les atteintes à *zoe* pendant les 12 premières semaines de son développement peuvent désormais être légitimées (2).

1. Les arguments sanitaires à l'appui de la tentative de libéralisation du régime juridique de l'avortement en 1974

629. Dans les années 1970, les parlementaires invoquent eux aussi des arguments relatifs à la protection de la santé des femmes pour justifier la dépénalisation de l'avortement. Ils soulignent notamment l'inefficacité de la loi pénale à empêcher les femmes d'interrompre leur grossesse de manière clandestine. Le gouvernement défend le projet en déclarant que « *d'un point de vue tant de politique de santé que de politique de société, le régime du délai est préférable : la probabilité est forte qu'elle diminuera le nombre d'avortements illégaux et les risques pour la santé des mères qui y sont liés* »¹⁸⁷¹. Par ailleurs, les défenseurs estiment que le modèle du *délai* est le mieux à même de protéger la santé des femmes car il assure la validité du contrat médical et la prise en charge des frais par la Sécurité sociale¹⁸⁷². En outre, les défenseurs du régime du *délai* font valoir que « *l'article 2 alinéa 2 phrase 1 de la Loi fondamentale protège la santé de la mère - en opposition à celle de la vie à naître - pas seulement comme un bien juridique objectif mais comme un vrai droit fondamental* »¹⁸⁷³. Afin de concilier protection de la santé et protection de la vie anténatale, les défenseurs de la dépénalisation proposent la mise en place du modèle du *délai* articulé autour de la consultation qui permettrait de poursuivre ces deux objectifs. Le gouvernement argumente ainsi en 1975 :

*« Le législateur a enfin trouvé un moyen de protéger positivement la vie à naître. La consultation doit, d'un côté, lui montrer les aides de la société dont elle peut disposer pour mener à bien sa grossesse et pour sa maternité et de l'autre, lui indiquer quels sont les aspects médicaux d'une grossesse ou d'une interruption de grossesse. La réforme pénale veut assurer l'existence d'une consultation et par ce biais assurer le bien-être social de la mère en devenir et la protection de la vie anténatale »*¹⁸⁷⁴.

630. Cependant, en 1975, la Cour constitutionnelle rejette l'argument fondé sur la protection de la santé des femmes contre les risques des avortements illégaux¹⁸⁷⁵. Elle admet certes que la santé de la femme enceinte puisse être davantage protégée que la vie anténatale mais seulement dans le cas particulier de l'IMG pour indication maternelle¹⁸⁷⁶. Selon la Cour, le respect de l'ordre de valeurs constitutionnelles ne permet que la mise en place du modèle des indications. Ce modèle est fondé sur une pleine et entière *médicalisation* de l'IVG puisque seul un médecin peut qualifier

¹⁸⁷¹ BVerfG, 25 février 2017 - BVerfGE 39, 1, §53.

¹⁸⁷² MUTH U., *Die Diskussion über einer Reform, op. cit.*, p. 125 et 126.

¹⁸⁷³ BVerfG, 25 février 2017 - BVerfGE 39, 1, §117.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*, §53.

¹⁸⁷⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2) ; (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁸⁷⁶ Si la santé et/ou la vie de la femme sont directement mises en danger par la poursuite de sa grossesse, ou si celle-ci est absolument « insupportable » pour la femme.

l'indication permettant d'autoriser l'interruption de grossesse¹⁸⁷⁷. Ce n'est qu'en 1993, qu'elle admet la mise en place d'un nouveau mode de gestion des comportements abortifs, fondé cette fois sur une *médicalisation* seulement partielle de la question.

2. La médicalisation de l'avortement au cœur de la libéralisation du régime juridique de l'avortement en 1995

631. La manière dont est libéralisé l'avortement dans les années 1990 en Allemagne est, sur certains points, relativement similaire à la France en 1975. En effet, le modèle du *délai* finalement légalisé en 1995 peut être vu comme lui aussi fonder sur une forme de gestion biopolitique des comportements procréatifs : sur un contrôle *horizontal* et *diffus* de l'avortement.

632. Ainsi, comme en France, la dépénalisation de l'avortement s'explique notamment par sa *médicalisation* partielle. La loi de 1995 (qui modifie celle de 1992 partiellement invalidée par la Cour)¹⁸⁷⁸ entend notamment assurer la protection de la santé des femmes. Certains auteurs considèrent en effet que le §218 du Code pénal allemand a pour but de protéger la vie anténatale et la santé de la femme, en l'empêchant de recourir à des avortements clandestins¹⁸⁷⁹. En ce sens, la figure du médecin est absolument centrale puisqu'il est le seul à pouvoir pratiquer une IVG¹⁸⁸⁰. La loi impose aux établissements qui pratiquent des IVG de disposer des dispositifs médicaux suffisants pour assurer les avortements ambulatoires, stationnaires et les soins post-IVG. Par ailleurs, elle tend surtout à minimiser les peines applicables à la femme enceinte et aux praticiens concernés dès lors que le cadre sanitaire a été respecté¹⁸⁸¹. Le cadre est donc en partie médicalisé. Encore récemment, lorsqu'il a été question d'abolir le §219a du Code pénal qui interdit la publicité sur l'IVG¹⁸⁸², les députés insistaient sur la nécessité de « *de protéger le droit à la santé des femmes* »¹⁸⁸³.

633. Ce cadrage sanitaire place la consultation au cœur de son régime. Cette consultation permet la mise en place d'une nouvelle forme de *surveillance médicale* de l'avortement¹⁸⁸⁴, articulée autour de la *parole*. En effet, plusieurs dispositions du Code pénal cherchent à *faire parler* les patientes. Tout d'abord, le §218c du Code pénal impose au médecin, sous peine de sanction pénale, de laisser à la

¹⁸⁷⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁸⁷⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁸⁷⁹ RUDOLPHI H.J., ROGALL K., « Vorbemerkung vor §218 StGB », *op. cit.*

¹⁸⁸⁰ Le rôle des médecins est, comme en France, central en matière d'IMG notamment car ils sont les seuls à pouvoir pratiquer des IVG. Il continue de peser sur eux des sanctions pénales en cas de non-respect de leurs obligations procédurales (notamment s'assurer que la consultation a bien eu lieu).

¹⁸⁸¹ Il n'exclut toutefois pas complètement que les différents protagonistes puissent être pénalisés si certaines conditions (autres que sanitaires) ne sont pas respectées.

¹⁸⁸² Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

¹⁸⁸³ BT, 14^{ème} séance, 22 février 2018, Cornelia Möhring, p. 1228.

¹⁸⁸⁴ ESER A., « Schwangerschaftsabbruch : Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils », *JZ*, 1994, p. 503.

femme l'opportunité de lui présenter les raisons de son choix d'interrompre sa grossesse¹⁸⁸⁵. Cette disposition favorise le *dialogue* entre la femme et le médecin permettant à ce dernier d'exercer un contrôle - fût-il non contraignant, tacite, et latent - des motifs invoqués par la femme. Ensuite, la femme ne peut jamais être pénalisée si l'avortement est réalisé à la suite d'une consultation et dans un délai de 22 semaines¹⁸⁸⁶. Il est vrai qu'en principe, le médecin ne peut pas refuser l'attestation qui permettra l'interruption de grossesse¹⁸⁸⁷. Cependant, le centre de consultations a le droit de ne pas lui remettre l'attestation s'il estime qu'il est nécessaire de poursuivre cette consultation¹⁸⁸⁸. En Allemagne, comme en France, la *parole* est un élément important du nouveau mode de contrôle des comportements procréatifs.

634. En Allemagne, la contrainte est, comme en France, molle : il est *attendu* de la femme qu'elle partage les raisons pour lesquelles elle envisage un avortement mais elle ne peut être *forcée* à participer activement à l'entretien¹⁸⁸⁹. On se retrouve donc face à un système qui tend à favoriser la surveillance par rapport à la sanction ; caractéristique de ce que Michel FOUCAULT appelle le biopouvoir. Cela ne signifie pas que l'État abandonne la gestion des comportements procréatifs (ou de la vie). Preuve en est, même si une pénalisation de principe persiste en arrière-plan, la bonne mise en œuvre du système est en partie assurée par la procédure administrative de l'agrément. En effet, les centres de consultation doivent être agréés par les Länder pour pouvoir officiellement délivrer les attestations qui autorisent l'avortement¹⁸⁹⁰. Par ailleurs, la fonction de la consultation étant définie par la loi, c'est l'État *in fine* qui détermine sa finalité. En ce sens, certains auteurs notent que « *la seconde fonction de la consultation est de permettre un contrôle diffus de l'État par une solution procédurale au cœur de laquelle la consultation constitue la pierre angulaire* »¹⁸⁹¹. L'État délègue surtout la gestion des comportements abortifs au corps médical et psycho-social qui s'assure que les femmes n'abuseront pas des possibilités procréatives qui lui sont désormais accordées. Cette nouvelle forme de contrôle constitue une garantie contre d'éventuels abus. Elle légitime ainsi la légalisation d'une pratique pourtant susceptible de porter atteinte à la vie de moins de 12 semaines. Cependant, le régime n'est pas aussi médicalisé qu'en France : l'IVG n'est pas, par exemple, remboursée par la Sécurité sociale et il n'existe aucune obligation pour les hôpitaux d'en organiser la réalisation. La

¹⁸⁸⁵ Cette disposition ne nous apparaît pas très claire : le médecin doit-il exiger de la femme qu'elle lui énonce les raisons de son IVG - alors même qu'elle en ait déjà parlé dans le cadre de la consultation psycho-sociale - ou seulement lui en laisser l'occasion ?

¹⁸⁸⁶ §218 a alinéa 4 du Code pénal.

¹⁸⁸⁷ §7 I SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

¹⁸⁸⁸ Sauf si cela implique le dépassement des délais légaux d'IVG. Voir, §7 II et III SchKG - loi d'aide aux femmes enceintes et à la famille, 27 juillet 1992.

¹⁸⁸⁹ §5 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

¹⁸⁹⁰ §9 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

¹⁸⁹¹ KAUSCH E., *Soziale Beratung Schwangerer Ziel und Wege der Beratung nach §218b n° 1., op. cit.*, p. 136.

force du paradigme du droit à la vie empêche une approche pleinement collective et étatique de la question. La question est davantage appréhendée comme une opposition entre différents droits fondamentaux que comme une question de politique sanitaire. Cela freine la pleine expression du biopouvoir et, partant, la pleine légitimation de l'avortement¹⁸⁹².

635. En France et en Allemagne, la manière dont s'est structuré le régime juridique de la contraception et de l'avortement peut être analysée comme l'expression du *biopouvoir*¹⁸⁹³. En effet, il met en place de nouveaux mécanismes de gestion des comportements procréatifs. Ici, l'État n'agit plus de manière *verticale* par le biais de sanctions¹⁸⁹⁴ et d'interdits juridiques mais de manière *horizontale* par le biais de technologies sociales plus subtiles¹⁸⁹⁵, notamment *via la médicalisation*¹⁸⁹⁶ et la *surveillance médicale* que cette première rend possible. Par ce biais, le corps médical devient le garant du bon fonctionnement des nouvelles pratiques contraceptives et abortives¹⁸⁹⁷. Parce qu'il dispose d'un accès direct et légal aux *corps*, le médecin devient ainsi l'un des acteurs clés du biopouvoir et du contrôle biopolitique de la procréation. En effet, même si les progrès technologiques permettent une dissociation de la procréation et de la sexualité, il serait erroné de penser que le corps n'en est que peu engagé¹⁸⁹⁸. Au contraire, pour Michel FOUCAULT, le biopouvoir joue par l'assujettissement des corps¹⁸⁹⁹ : « *Il y a entre le corps et le pouvoir politique un branchement direct* »¹⁹⁰⁰ car « *le corps est toujours déjà politique à la fois le lieu où le pouvoir s'exerce et le lieu du pouvoir en soi* »¹⁹⁰¹. Dès lors, la centralité accordée au corps médical n'étonne pas car « *en matière d'administration du [...] corps procréateur l'État répugne désormais à sanctionner* »¹⁹⁰². L'État n'intervient plus qu'indirectement dans le champ procréatif, par le biais de la *médicalisation* et d'un ensemble de procédures d'agrément administratif, particulièrement en France, qui représente un « *chapeautage*

¹⁸⁹² En raison du caractère toujours *illégal* de l'acte, l'IVG ne peut pas être prise en charge par la Sécurité sociale. De même, des absences professionnelles causées par la réalisation d'une IVG n'entraînent pas le paiement de congé maladie.

¹⁸⁹³ C'est-à-dire d'un pouvoir qui « *s'exerce positivement sur la vie, qui entreprend de la gérer, de la majorer, de la multiplier, d'exercer sur elle des contrôles précis et des régulations d'ensemble* » - FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, la volonté de savoir*, *op. cit.*, p. 180.

¹⁸⁹⁴ Pour une approche assez similaire, HORELLOU-LAFARGE C., « Une mutation dans les dispositifs du contrôle social : le cas de l'avortement », *op. cit.*, p. 397.

¹⁸⁹⁵ FERRAND-PICARD M., « Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux », *op. cit.*, p. 383. Voir aussi, HORELLOU-LAFARGE C., « Une mutation dans les dispositifs du contrôle social : le cas de l'avortement », *op. cit.*, p. 397.

¹⁸⁹⁶ LENOIR N., « La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale », in BAULIEU E., HERITIER F., LERIDON H., *Contraception : contrainte et liberté ?*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁸⁹⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁸⁹⁸ Voir notamment, POTTE-BONNEVILLE M., « Les corps de Michel Foucault », *Cahiers philosophiques*, 2012/3, n° 130. Voir aussi, MAZABRAUD B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *op. cit.*, p. 147.

¹⁸⁹⁹ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, la volonté de savoir*, *op. cit.*, p. 180.

¹⁹⁰⁰ FOUCAULT M., « Leçon du 7 novembre 1973 », *Le Pouvoir psychiatrique*. Cours au Collège de France, 1973-1974, Paris, Gallimard-Seuil, collections « Hautes Études », 2003, p. 15 cité par POTTE-BONNEVILLE M., « Les corps de Michel Foucault », *Cahiers philosophiques*, 2012/3, n° 130.

¹⁹⁰¹ Idée de Bourdieu et d'Elias retranscrite par TAIEB E., « Avant-propos : du biopouvoir au thanatopouvoir », *op. cit.*

¹⁹⁰² MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*, p. 17.

étatique discret de cette surveillance par monde médical interposé»¹⁹⁰³. Il laisse ainsi le médecin agir à sa place, l'encadrement juridique de l'avortement mettant en place des mécanismes de biopolitique déléguée, à titre principal au corps médical (par la médicalisation) et à titre incident à l'individu lui-même (par la responsabilisation). Le contrôle étatique ne disparaît pas ; il se transforme, voire s'invisibilise, mais c'est « bien l'ombre de l'État qui se profile [toujours] derrière le professionnel de santé »¹⁹⁰⁴. Le modèle de la médicalisation permet ainsi la création d'une nouvelle forme de gestion des comportements procréatifs, articulée non plus autour de la sanction, mais de la surveillance. Elle légitime la libéralisation de la contraception ainsi que les atteintes à la vie qu'elle permet.

636. Plus encore, il est possible de considérer que le droit de la contraception et de l'avortement joue ici comme vecteur du biopouvoir¹⁹⁰⁵ non pas seulement au regard des outils utilisés mais également de l'objectif poursuivi. Aussi paradoxal que cela puisse sembler, dans la mesure où la libéralisation de la contraception et de l'avortement est, au moins dans une certaine mesure, justifiée par des considérations médicales et sanitaires, elle n'est pas sans lien avec l'exercice du *faire vivre*¹⁹⁰⁶ (i.e. le maintien de la population). On sait en effet que le *faire vivre* se manifeste fortement dans le domaine médical via la protection de la santé. *Prima facie*, dans la mesure où l'avortement suppose d'attenter à la vie, il semble illogique et contre-intuitif de supposer que sa légalisation puisse servir le *faire vivre*. Cependant, au regard de l'objectif de *santé publique* poursuivi par l'encadrement juridique de la contraception et de l'avortement, un tel lien n'est pas à exclure ; d'autant plus que ce sont ici les outils du biopouvoir que le droit mobilise pour réglementer ces questions. Il est vrai qu'en Allemagne, ce n'est pas, à première vue, un biopouvoir visant au *maintien de la population* qui tend à s'exprimer. D'ailleurs, lorsque l'aspect sanitaire est évoqué, c'est souvent pour défendre le droit *individuel* à la santé des femmes enceintes. Si l'IVG est admise, c'est parce que la Cour concède que le mécanisme de la consultation sociale puisse être plus à même de dissuader les femmes d'avorter¹⁹⁰⁷ qu'une menace pénale inefficace¹⁹⁰⁸. Mais son objectif principal reste toutefois de garantir la protection de la vie anténatale et donc garantir le *faire vivre*.

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹⁰⁴ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, op. cit., p. 8.

¹⁹⁰⁵ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, la volonté de savoir*, op. cit., p. 180. Pouvoir qui « s'exerce positivement sur la vie, qui entreprend de la gérer, de la majorer, de la multiplier, d'exercer sur elle des contrôles précis et des régulations d'ensemble ».

¹⁹⁰⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

¹⁹⁰⁷ Dans le discours doctrinal, en revanche, les finalités de la consultation sont controversées. Voir notamment, KAUSCH E., *Soziale Beratung Schwangerer Ziel und Wege der Beratung nach §218b n° 1.*, op. cit., p. 13.

¹⁹⁰⁸ Voir sur cette question CASE M.A., « Perfectionism and Fundamentalism in the Application of the German Abortion Laws » in WILLIAM S.H., *Constituting equality - Gender Equality and comparative constitutional Law*, op. cit., p. 93 et suivantes. L'auteure qualifie le droit allemand de l'avortement de « perfectionist ». Il est prêt à certains compromis pour arriver au but fixé. En l'occurrence, il ne veut pas que les avortements soient pénalement interdits mais factuellement empêchés. Si le meilleur moyen d'arriver à cette fin est la consultation, alors il l'admet.

Conclusion du chapitre 1

637. En France et en Allemagne, les éventuelles atteintes à la vie engendrées par la libéralisation croissante de la contraception (plus particulièrement par celle des inhibiteurs de nidation susceptibles de détruire la vie de moins de 14 jours) sont ainsi légitimées par un paradigme que l'on pourrait qualifier de *principalement* médical et *incidemment* libéral. Les cadres juridiques sont certes différents. La France dispose d'un grand nombre de textes, avant tout rattaché au droit médical et social, encadrant dans les moindres détails l'accès à la contraception et le parcours d'IVG. En Allemagne le législateur n'encadre que très peu la question, *via* un maigre bouquet de dispositions pénales et sociales éparses, laissant au corps médical, le pouvoir de régler au cas par cas les comportements procréatifs. Toutefois, dans les deux pays, c'est bien un modèle biopolitique de gestion des comportements contraceptifs, fondé sur une pluralité de techniques de contrôle social, telles que la *médicalisation* ou la *responsabilisation*¹⁹⁰⁹, qui justifie l'abandon des sanctions relatives à l'avortement et celles susceptibles d'entraver l'accès à la contraception. En France comme en Allemagne, ce n'est donc pas tant face à la montée en puissance de l'autonomie procréative que cède la protection de *zoe* que face à un nouveau mode d'administration des comportements procréatifs négatifs, justifié notamment par des considérations d'ordre sanitaire. Ce n'est pas l'autonomie procréative mais la médicalisation qui s'est insérée dans les failles de la protection juridique de la vie nue.

638. Cela étant, il importe de ne pas opposer de manière manichéenne le paradigme médical et libéral ; leurs effets s'entrecroisent en effet en permanence : la réalisation de l'autonomie reproductive suppose, par exemple, la garantie d'une bonne santé reproductive. En France, le paradigme sanitaire permet une libéralisation importante de l'IVG. L'approche collective de la question, sous-tendue par le paradigme de santé publique, rend l'accès à l'IVG bien plus effectif qu'en Allemagne. Il n'est par ailleurs pas possible d'exclure l'hypothèse selon laquelle la mise en forme rhétorique des grandes évolutions juridiques ici étudiées procède en réalité de choix politiques et stratégiques. Ainsi, la rhétorique médicale pourrait bien être lue comme un choix garantissant une plus grande acceptabilité de certaines évolutions que ne le permettrait une rhétorique strictement libérale. On peut bien imaginer, en effet, qu'il soit plus difficile de porter la cause de la libéralisation de l'avortement et de la contraception sur le fondement de l'idée selon laquelle les « femmes ont le droit d'avorter parce qu'elles ont le droit de disposer librement de leur

¹⁹⁰⁹ Voir, en ce sens, MAZABRAUD B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *op. cit.*, p. 137 : « *Les corps ne sont pas individualisés pour être entièrement assujettis à un pouvoir normalisant, au contraire, ils sont pris dans de multiples jeux d'assujettissements partiels* ».

corps et de prendre des décisions le concernant » qu'en se positionnant sur un terrain plus neutre, de type : « les services publics de santé ont l'obligation d'offrir des soins abortifs aux femmes en situation de détresse ». Par ailleurs, dans la mesure où la notion de santé est prise au sens large - entendue comme un « *état de complet bien-être physique, mental et social* » - et que la notion de *bien-être* est liée à celle d'*épanouissement personnel*, il existe un lien entre approche médicale et approche libérale. Il n'en reste pas moins que ces deux approches ne se recouvrent pas totalement. Elles restent guidées par des logiques intrinsèquement différentes. L'une tend à se fonder sur une pathologisation de l'acte concerné ce qui renforce l'importance de l'expertise du médecin et son autorité décisionnelle, tandis que l'autre parie sur l'aptitude de chaque individu à faire des choix libres et autonomes. Or, en matière de contraception et d'avortement, le médecin est davantage perçu comme un « *surveillant* »¹⁹¹⁰ que comme un aidant à la réalisation de l'autonomie procréative. C'est précisément cela qui légitime, en France et en Allemagne, les atteintes à la vie autorisées par le droit dans le cadre contraceptif et abortif. D'où notre conclusion selon laquelle c'est bien un nouveau modèle biopolitique de gestion des comportements procréatifs fondés sur la surveillance qui explique et justifie la libéralisation.

639. Il en va de même en matière de liberté procréative positive. C'est à nouveau, la mise en place par le droit d'un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs qui explique l'autorisation de l'accès à l'AMP et des atteintes à la vie qui l'accompagnent. La seule logique de l'autonomie procréative, d'ailleurs moins présente dans les discours qui entourent l'AMP que dans ceux relatifs à la contraception et à l'avortement, ne permet pas de comprendre pleinement la manière dont s'articule le régime juridique de la médecine reproductive en France et en Allemagne. Ce n'est pas la (seule) conquête d'une liberté procréative positive qui légitime les éventuelles atteintes que peuvent subir les embryons surnuméraires.

¹⁹¹⁰ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, op. cit., p. 232.

640. À partir des années 1990, les droits français et allemand aménagent la possibilité pour les couples stériles de devenir parents par le biais d'une assistance médicale à la procréation, fût-ce au prix d'éventuelles atteintes à la vie anténatale¹⁹¹¹. En effet, lors d'une AMP, et plus particulièrement d'une FIV, il n'est pas rare - même si le droit allemand l'interdit en principe - que des embryons surnuméraires soient créés. Or, si les conditions juridiques de leur implantation ne sont plus réalisées ou que le couple ne souhaite plus enfanter, ils sont détruits. De manière assez paradoxale, l'autorisation d'une technique visant avant tout à *faire vivre* suppose donc également d'admettre la réalisation d'éventuelles atteintes à la vie *in vitro*¹⁹¹². Comment expliquer un tel paradoxe ? Comment expliquer l'autorisation de ces atteintes à la vie dans le cadre des techniques de reproduction positive et les logiques qui la sous-tendent ? L'encadrement juridique de cette pratique médicale, jusqu'alors mise en œuvre en toute autonomie par le corps médical¹⁹¹³, est apparu nécessaire pour éviter l'hypothèse de dérives du pouvoir scientifique, notamment dans la manipulation de la *vie nue*¹⁹¹⁴. Au-delà, cet encadrement n'est pas non plus sans lien avec une volonté d'aider les couples à réaliser leur désir d'enfant, considéré comme un élément de leur épanouissement personnel. *Prima facie*, il serait à nouveau possible de lire cette autorisation de l'AMP, et l'éventualité d'une destruction des embryons surnuméraires, comme s'inscrivant dans un paradigme de l'autonomie procréative (**section 1**). Il faudra cependant observer que la *ratio legis* dominante de l'encadrement juridique de l'AMP ne tient, ni dans un principe de protection juridique de la *vie nue*, ni dans la consécration de droits procréatifs de l'individu. En réalité, c'est la figure du *médecin* qui occupe la place centrale, et largement décisionnelle, de l'encadrement juridique de l'AMP. L'AMP se structure en effet, à l'instar de la contraception ou de l'avortement, par référence à une *médicalisation* qui rend possible la mise en place d'un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs. C'est dans ce cadre qu'il faut lire et analyser les atteintes à la vie autorisées (**section 2**).

Section 1. La liberté procréative, paradigme principal de la protection discontinuée de la vie

Section 2. La liberté procréative, logique seulement incidente de la protection discontinuée de la vie

¹⁹¹¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

¹⁹¹² Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2) : le nombre d'embryons surnuméraire en France est d'environ 170 000 contre une centaine en Allemagne, où en revanche plus de 70 000 ovocytes imprégnés ont été cryoconservés (chiffres de 2000/2001).

¹⁹¹³ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

¹⁹¹⁴ Les craintes sont encore plus grandes en Allemagne qu'en France : cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2) ; *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

Section 1. La liberté procréative, paradigme apparent de la protection discontinue de la vie

641. De prime abord, l'autorisation de l'AMP, et avec, celle de l'éventuelle suppression des embryons surnuméraires et donc de la vie *nue*, pourrait s'expliquer par la montée en puissance, depuis les années 1960, de la liberté individuelle dans le domaine procréatif. Tant les justifications rhétoriques, qu'elles soient doctrinales ou politiques, accompagnant cette libéralisation (**sous-section 1**) que le cadre juridique conceptuel qui entoure le champ procréatif positif (**sous-section 2**) viennent appuyer cette hypothèse.

Sous-section 1. Les justifications rhétoriques fondées sur l'épanouissement personnel

642. À l'appui de l'idée selon laquelle c'est la *liberté* qui expliquerait l'autorisation des atteintes à la vie dans le cadre de l'AMP, il faut observer que les discours politiques (I) et doctrinaux (II) rattachent l'AMP à la sphère de l'épanouissement personnel.

I. La centralité de l'idée d'épanouissement personnel dans les débats parlementaires sur l'AMP

643. En France, la lecture des débats parlementaires entourant l'autorisation de l'AMP¹⁹¹⁵ fait apparaître qu'il convient d'aider les couples stériles à procréer¹⁹¹⁶ et à « réaliser leur désir d'enfant »¹⁹¹⁷. Il importe de ne pas briser « le désir d'enfant qui a su franchir tant d'obstacles [car] il est, au contraire, du devoir du médecin d'y donner droit dès lors que la science lui en fournit les moyens »¹⁹¹⁸, soit « grâce à la PMA, on peut mettre au monde un enfant et projeter ainsi vers l'avenir sa vie, son amour et ses aspirations »¹⁹¹⁹. Partant, « il est normal que la société s'attache, avec compréhension et mesure, à les aider en ce difficile parcours »¹⁹²⁰. Ainsi,

*« au départ, il s'agissait du souci légitime d'aider les couples dans la douleur »*¹⁹²¹ car « je connais la souffrance des femmes, la souffrance des couples qui souhaitent avoir un enfant et auxquels cet enfant est refusé. Ce qui est en cause en pareil cas, ce n'est pas seulement la frustration d'un désir, c'est le don même de la vie qui est dénié à un couple, c'est l'amour qui est privé de son fruit le plus beau »¹⁹²². Ainsi, « nul ne peut contester la souffrance qui est liée à la [stérilité]. Nul ne peut contester la nécessité d'essayer d'y remédier »¹⁹²³.

644. L'AMP est pensée comme permettant aux couples de s'épanouir :

¹⁹¹⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

¹⁹¹⁶ Voir notamment, sur la légitimité du désir d'enfant dans le discours doctrinal français, BETTIO N., « Le droit à l'enfant, nouveau droit de l'homme ? », *Revue du droit public*, n° 2, p. 473.

¹⁹¹⁷ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5818.

¹⁹¹⁸ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5818.

¹⁹¹⁹ Sénat, 13 janvier 1994, Jacqueline Fraysse Cazalis, p. 124.

¹⁹²⁰ Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Louvot, p. 144.

¹⁹²¹ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5783.

¹⁹²² Sénat, 13 janvier 1992, Douste Blazy, p. 110.

¹⁹²³ Sénat, 13 janvier 1992, Bernard Seillier, p. 116.

« Des milliers d'hommes et de femmes [...] ont retrouvé la joie de vivre grâce à ces techniques »¹⁹²⁴. Par ce biais, « nous avons donné l'espoir à nombre de couples qui souffrent de stérilité d'avoir un enfant, un enfant qui viendra agrandir leur famille, qui en sera la joie, qui la consolidera et qui lui donnera une meilleure raison d'espérer sur cette terre en attendant un avenir meilleur »¹⁹²⁵ car « le mal d'enfant est un mal inguérissable »¹⁹²⁶.

645. La pertinence même de l'AMP n'est que très peu pas remise en question, ce qui peut en partie s'expliquer par le contexte français, historiquement favorable aux politiques natalistes¹⁹²⁷. Cette légitimation consensuelle du désir d'enfant tend à faire de la réalisation de ce dernier un élément fondamental de l'épanouissement personnel et familial¹⁹²⁸. Or, cette notion est liée à celle de liberté individuelle. Au soutien de cette analyse, certains parlementaires déclarent que « selon ma conviction intime et personnelle, le choix devait relever de la liberté de chacun [...] »¹⁹²⁹ car « de manière générale, c'est précisément la conciliation entre la liberté individuelle et l'égalité que traduit l'éthique »¹⁹³⁰.

646. En Allemagne, comme en France, la légitimité du désir d'enfant est un des arguments en faveur de la légalisation de ces techniques d'assistance reproductive¹⁹³¹. Les parlementaires considèrent ce désir à la fois socialement légitime et naturel. Dans les années 1990, ils estiment que

« chaque couple qui a eu la chance incroyable de pouvoir donner la vie et qui a ressenti le bonheur de voir ses propres enfants grandir et de les accompagner comprendra sans difficulté que certains couples cherchent à accéder aux techniques de médecine reproductive, même si ces méthodes ne connaissent que de faibles chances de succès [...]. Ils devraient avoir, au regard de notre société libérale, qui implique que la liberté de choix soit un principe démocratique fondamental »¹⁹³².

647. Il serait par conséquent possible de penser que l'idée première est d'aider les couples à s'épanouir en réalisant leur désir d'enfant. La protection de la vie *nue in vitro* céderait à première vue à la nécessité d'aider ces couples. En ce sens, le discours doctrinal, particulièrement en Allemagne, tend à rattacher la problématique de l'AMP à l'article 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale sur les droits de la personnalité dont découle un droit à l'épanouissement personnel¹⁹³³.

¹⁹²⁴ Sénat, 13 janvier 1994, Charles Descours, p. 122.

¹⁹²⁵ Sénat, 14 janvier 1994, Alain Vasselle, p. 220.

¹⁹²⁶ Sénat, 19 janvier 1994, Hélène Misoffe, p. 685.

¹⁹²⁷ LÖWY I., « La fabrication du naturel ; l'AMP dans une perspective comparée », *Sciences sociales et santé*, 2006, Vol. 28, n° 4, p. 52, §24 ; Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹⁹²⁸ ROMAN D., « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? Note sous CEDH, Grande Chambre, 10 avril 2007, Evans c/Royaume-Uni », *RDSS*, 2007, p. 810.

¹⁹²⁹ AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5724 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5818 : « liberté de choix de chacun ».

¹⁹³⁰ Sénat, 13 janvier 1993, Guy Cabanel, p. 105.

¹⁹³¹ Voir sur cette question, GÜNTHER S., *Der Kindeswohlbegriff als Zulässigkeitskriterium für die In-vitro-Fertilisation*, Dissertation, Bad Homburg, 1996.

¹⁹³² BT, 113^{ème} séance, 1^{er} décembre 1988, Frau Beckler-Inglau, p. 8208 : « Ne pas avoir d'enfant peut être une souffrance pour certains couples ».

¹⁹³³ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

II. La réception doctrinale d'un registre de justification fondé sur l'épanouissement personnel

648. En droit français, à l'appui de l'idée selon laquelle le traitement juridique de l'assistance médicale à la procréation serait sous-tendu par une logique d'autonomie procréative, certains auteurs considèrent, à l'instar de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et Diane ROMAN, que « *la procréation est désormais une liberté de l'individu* »¹⁹³⁴ et que « *la procréation à une double dimension* ¹⁹³⁵ *non seulement négative (accès à la contraception et aux services d'interruption de grossesse) [mais aussi] positive (interdiction des stérilisations forcées ; accès à l'assistance médicale à la procréation)* »¹⁹³⁶. De tels propos participent à la création d'un cadre interprétatif libéral des questions procréatives en général, et de l'AMP en particulier. De manière plus marquée, Xavier DUPRE DE BOULOIS considère qu'il « *est possible, dans une certaine mesure, d'évoquer la reconnaissance d'un véritable droit à l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée* »¹⁹³⁷. D'autres auteurs estiment qu'« *on peut considérer que le droit au respect de la vie privée rattaché par la jurisprudence constitutionnelle à la liberté individuelle, définie aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, fonde la liberté sexuelle et partant la liberté de procréer qui, au regard du droit de la santé, peut être aidée par la médecine* »¹⁹³⁸.

649. Dans son avis de 2017 en faveur de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires, le CCNE énonce que « *la liberté fait partie des valeurs qui fondent une société démocratique. Elle comprend la liberté des femmes de procréer, ou non* »¹⁹³⁹ et que « *la demande d'insémination avec tiers donneurs dans ce contexte s'inscrit dans une évolution historique d'émancipation des personnes, de revendications de liberté et d'égalité* »¹⁹⁴⁰. Ainsi, comme le souligne Florence CHALTIEL, « *le rapport met en parallèle la liberté de procréer ou non, pour une femme en situation de donner la vie - dans des formes que l'on qualifiera alors de traditionnelles, c'est-à-dire une femme étant en âge de procréer, et un homme, donnant naissance à un enfant - et la liberté de rechercher à donner la vie par la technique* »¹⁹⁴¹. De manière plus générale, le Conseil d'État, dans son rapport de 2018 sur les réformes bioéthiques à venir, présente le cadre bioéthique - dans

¹⁹³⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales, op. cit.*, p. 506.

¹⁹³⁵ *Ibid.*

¹⁹³⁶ *Ibid.*

¹⁹³⁷ DUPRE DE BOULOIS X., *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, p. 339.

¹⁹³⁸ BETTIO N., « Le Droit à l'enfant, nouveau droit de l'homme ? », *op. cit.* p. 473. Notons toutefois que l'auteure critique la montée en puissance de cette liberté.

¹⁹³⁹ CCNE, Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, 15 juin 2017, p. 18.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹⁴¹ CHALTIEL F., « Donner la vie, de quel(s) droit(s) ? Nouvelles réflexions après l'avis du comité consultatif national d'éthique », *LPA*, n° 187-188, 20 septembre 2017, p. 7.

lequel s'inscrit la réglementation relative à l'AMP - comme structuré autour du triptyque « *dignité, liberté, solidarité* »¹⁹⁴².

650. En Allemagne, le discours doctrinal tend à placer, de manière consensuelle, la procréation charnelle sous la protection de l'article 1 et de l'article 2 alinéa 1 de la LF. On peut ainsi lire que « *la décision d'enfanter et les actions relatives à sa concrétisation tombent sous la protection de l'article 1 alinéa LF* »¹⁹⁴³ qu'il existe un « *droit naturel de mettre au monde de nouvelles vies humaines [...] ; le droit fondamental à la reproduction de la vie faisant le pont entre le droit fondamental à la vie et le droit fondamental à la protection de l'intégrité physique* »¹⁹⁴⁴ ou encore que « *la question de la procréation, de la décision de procréer un enfant, tombe dans un domaine hautement personnel, qui doit être dénué de toute réglementation étatique* »¹⁹⁴⁵. Dans un avis sur le don d'embryon, le conseil d'éthique allemand déclare, en 2016, que

*« la procréation et l'éducation des enfants sont pour beaucoup de personnes un élément essentiel de ce qu'elles considèrent être la finalité de leur vie. Cela peut marquer leur projet de vie et représenter un objectif qui prime sur les autres finalités. En ce sens, la procréation est un bien individuel d'une importance fondamentale [...]. Elle concerne les relations entre les personnes qui souhaitent procréer. Souvent, la procréation et l'éducation de ses propres enfants sont considérées et vécues par les individus comme un signe de la pleine réalisation de leur amour »*¹⁹⁴⁶.

Certains auteurs étendent même la protection de l'article 2 LF au cas de l'AMP, considérant que

*« la libre disposition de ses propres gamètes, et en particulier la décision de savoir si et quand on veut les utiliser à des fins procréatives se trouvent au cœur de la personnalité de la personne et est protégée par la dignité humaine »*¹⁹⁴⁷ ou qu'« *on doit accorder à chaque personne humaine le droit de décider librement et de manière responsable de sa propre procréation. Ce droit découle du droit général de la personnalité* »¹⁹⁴⁸.

651. Ainsi, une partie de la doctrine allemande considère l'accès à l'AMP comme un élément de la liberté procréative¹⁹⁴⁹, qui doit être, à ce titre, protégée par l'article 2 de la Loi fondamentale. C'est donc ici l'existence d'un *droit à l'autonomie procréative* qui est défendu, l'AMP étant alors perçue comme une nouvelle façon d'engendrer des enfants, au nom de la *liberté individuelle*, voire de

¹⁹⁴² CE, *La révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 11 et p. 39.

¹⁹⁴³ KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, op. cit., p. 138.

¹⁹⁴⁴ Voir MAUNZ T., DÜRIG G., *Kommentar zum Grundgesetz*, 33^{ème} édition, 1997, Article 2 alinéa 2, Rn 31.

¹⁹⁴⁵ COESTER-WALTJEN, « Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen », *Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag*, 1986 p. 47.

¹⁹⁴⁶ Deutscher Ethikrat, *Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, Stellungnahme*, 2016, p. 76.

¹⁹⁴⁷ STARCK C., « Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen », *Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag*, 1986, p. 38.

¹⁹⁴⁸ BERBAT E., « Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung », *MedR.*, 1986, p. 245.

¹⁹⁴⁹ Sur cette question, RAMM T., « Die Fortpflanzung: eine Freiheitsrecht », *JZ*, 1989 ; ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung, Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen*, Berlin, Logos, 2011, p.45 ; LINDNER J.F., « Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizinergesetzes », in ROSENAU H., *Ein Zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinergesetz für Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 137 et p. 143 ; KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, op. cit., 2004, p. 179. Voir également REISS M., *Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik - Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der von einem Verbot betroffenen Paare*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004 ; DIEFENBACH A.K., *Leihmutterschaft rechtliche Problem der für andere übernommenen Mutterschaft*, Dissertation, Darmstadt, 1990.

l'autonomie procréative¹⁹⁵⁰. D'autres auteurs estiment, en revanche, que le droit à l'autodétermination (procréative) procède de l'article 6 de la Loi fondamentale relatif à la protection du mariage et de la famille, considérant qu'il en découle un droit de fonder une famille ou d'avoir un enfant¹⁹⁵¹. Cela étant, les auteurs qui considèrent l'AMP comme protégée par l'article 6 défendent, en général, une conception plus conservatrice de l'AMP en lien avec la sauvegarde de l'institution familiale traditionnelle¹⁹⁵² que ceux qui se fondent sur l'article 2 LF en lien avec le libre épanouissement de la personnalité.

652. Ainsi, en Allemagne, il n'y a pas beaucoup d'affirmations doctrinales visant à inscrire la contraception, et notamment l'IVG, dans le champ d'application de l'article 2 en raison de la primauté accordée au droit à la vie *in utero*. Mais sur l'AMP, le débat doctrinal est plus riche. Certains discours doctrinaux suggèrent que c'est la protection de l'article 2 alinéa 1 LF - c'est-à-dire de l'épanouissement personnel - qui explique la légalisation de l'AMP et les atteintes à la vie *in vitro* autorisées dans ce cadre. Ces différents propos tendent ainsi à inscrire la question de la procréation dans le champ des libertés individuelles. Cela tend alors à laisser penser que la question de l'AMP serait, elle aussi, susceptible d'entrer dans ce champ. De tels propos sont à mettre en parallèle avec les jurisprudences de la CEDH et de la Cour constitutionnelle allemandes (déjà mentionnées) qui tendent à rattacher les questions procréatives au domaine de l'autonomie personnelle, ainsi qu'avec les décisions ou dispositions internationales qui tendent à consacrer un droit à fonder une famille.

Sous-section 2. L'idée de liberté procréative dans le droit positif

653. Les décisions déjà mentionnées relatives à la vie privée, au libre épanouissement de la personnalité ou à l'autonomie personnelle sont favorables à l'appréhension des questions procréatives sous l'angle de la liberté individuelle. Au-delà, il faut également observer que la Cour européenne des droits de l'homme a pu consacrer « *un droit à devenir parent génétique* », élément qui laisse une fois de plus sous-entendre que c'est un paradigme fondé sur l'autonomie procréative qui structure le droit de l'AMP (I). L'évolution du cadre juridique français et allemand en matière d'AMP pourrait également appuyer une telle lecture (II).

¹⁹⁵⁰ Voir notamment, STARCK, C., « Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen », *op. cit.*, p. 17 ; MERZ B., *Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizierlicher menschlicher Fortpflanzung : artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen*, Francfort sur le Main, Peter Lang, 1991, p. 59.

¹⁹⁵¹ MERZ B., *Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizierlicher menschlicher Fortpflanzung : artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁵² Notamment REISS M., *Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik - Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der von einem Verbot betroffenen Paare*, *op. cit.*, p. 110 et suivantes ; KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinische Fortpflanzung*, *op. cit.*, p. 179.

I. Liberté procréative et droit au respect de la vie privée en droit européen

654. Il existe en droit international et européen un certain nombre de dispositions qui consacrent un « *droit de fonder une famille* », à l'instar de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou de l'article 12 CESDH. S'il ne saurait *ipso facto* en découler un droit d'accéder à des techniques reproductives susceptibles d'aider des couples infertiles à procréer, ces dispositions indiquent que la réalisation du désir d'enfant est pensée comme un droit fondamental. Une telle approche encourage l'idée selon laquelle l'AMP appartient à la sphère des droits fondamentaux et que c'est l'idée de *liberté* ou d'autonomie procréative qui justifie les atteintes à *vie* réalisées dans ce cadre.

655. Plus encore, la CEDH, dans un arrêt *Evans contre Royaume-Uni* de 2007, relatif à l'AMP, déclare que « le droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme, relève également de l'article 8 »¹⁹⁵³. Comme le note Diane ROMAN,

« indéniablement, la solution du présent arrêt constitue une pierre supplémentaire à la construction d'une interprétation autonomiste de l'article 8, tendant à consacrer un droit à l'épanouissement de la personne. La vie privée, comme la Cour l'a maintes fois relevé, constitue une notion large qui englobe le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur. À cet édifice s'ajoute aujourd'hui le droit au respect des aspirations à une descendance ».¹⁹⁵⁴

La Cour réaffirme la même année, dans un arrêt *Dickson contre Royaume-Uni*, à nouveau relatif à la question de l'AMP « *le droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques* »¹⁹⁵⁵ et en 2015, dans un arrêt *Parrillo contre Italie*, « *la Cour rappelle d'emblée que, selon sa jurisprudence, la notion de "vie privée" au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive et qui englobe notamment un droit à l'autodétermination. En outre, cette notion recouvre le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent* »¹⁹⁵⁶. En 2012, en réaffirmant le droit de devenir parent génétique, elle va même jusqu'à accorder aux requérants un droit d'accéder à l'AMP pour pouvoir « *procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains* »¹⁹⁵⁷ via la technique du diagnostic préimplantatoire.

¹⁹⁵³ CEDH, *Evans contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905. Voir, MARGUÉNAUD J.P., « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme », *RTDciv.*, 2007, p. 295 ; HAUSER J., « L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de venir ou de ne pas devenir parent », *RTDciv.*, 2007, p. 545.

¹⁹⁵⁴ ROMAN D., « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? », *RDSS*, 2007, p. 810.

¹⁹⁵⁵ CEDH, *Dickson contre Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, n° 4436204. Voir, HERZOG-EVANS M., « Détenus : vers un droit à procréer ? - Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal*, 2008, p. 47.

¹⁹⁵⁶ CEDH, *Parrillo contre Italie*, 27 août 2015, n° 4647011. Voir aussi, CEDH, *S.H. contre Autriche*, 3 novembre 2011, n° 5781300 : « *La notion de vie privée au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large qui englobe entre autres [...] le droit à l'autodétermination* ».

¹⁹⁵⁷ CEDH, *Costa et Pavan contre Italie*, 28 août 2012, n° 5427010.

656. À première vue, il semble difficile de ne pas analyser ces décisions comme rattachant l'AMP au champ de l'autonomie procréative¹⁹⁵⁸. Cette idée est encouragée, dans une certaine mesure, par les cadres juridiques français et allemand qui tendent à libéraliser le champ de l'AMP, fût-ce de manière moins marquée qu'en matière de contraception ou d'avortement.

II. La libéralisation progressive du régime juridique de l'AMP

657. En France, le droit interne encadre l'AMP depuis 1994. Les réformes bioéthiques qui s'en suivent libéralisent son régime, en soutenant notamment toujours davantage le recours à l'insémination artificielle avec un tiers donneur (IAD) (A). En Allemagne, le cadre juridique applicable à l'AMP est très différent de l'encadrement français. En effet, alors que le droit français est composé d'une multitude de textes qui entendent réglementer dans les moindres détails les conditions d'accès et le parcours d'AMP¹⁹⁵⁹, la réglementation allemande se fonde principalement sur une seule loi - celle de 1990 sur la protection de l'embryon¹⁹⁶⁰-, composée de quelques grands principes pénaux visant à empêcher des dérives scientifiques dans le cadre de la médecine reproductive¹⁹⁶¹. Cette loi n'a presque pas été modifiée depuis 1990¹⁹⁶². Cela étant, les directives médicales complètent le cadre législatif. Elles tendent, elles aussi, à élargir le champ de l'AMP. Cet élargissement pourrait donc être analysé comme une libéralisation du régime, par hypothèse, guidée par le renforcement de l'épanouissement personnel des individus. Cette hypothèse est renforcée par certaines affirmations prétorienne qui placent l'AMP sous la protection de l'article 2 de la LF (B).

¹⁹⁵⁸ Dans le même sens : HAUSER J., « L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de venir ou de ne pas devenir parent », *RTD Civ.*, 2007, p. 545. Voir aussi, TISSIER D., *La protection du corps humain*, Paris, Harmattan, 2013, p. 306.

¹⁹⁵⁹ On pourrait, avec Dominique Mehl, qualifier le modèle français comme articulé autour de la « primauté de la loi » (MEHL D. « L'élaboration des lois bioéthiques », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 54). En faveur de ce modèle : DAVID G., « La construction pratique d'une déontologie », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 86 ; voir également TESTART J., *Le magasin des enfants*, Éditions François Bourin, 1990, p. 10 ; BRAIBANT G., « Pour une grande loi », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 113 ; BRAIBANT G., *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, *op. cit.*, pp. 7, 13, 14.

¹⁹⁶⁰ Embryonenschutzgesetz - loi de protection de l'embryon, 13 décembre 1990.

¹⁹⁶¹ On pourrait alors qualifier le modèle législatif allemand comme articulé autour de la « régulation tempérée » (MEHL Dominique, « L'élaboration des lois bioéthiques », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 54). En 1990, ce choix législatif est justifié par des raisons juridiques : l'incompétence du Bund en matière de médecine reproductive. Malgré un appel important à la loi, le législateur ne change toutefois pas de modèle législatif. Voir notamment, ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung, Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen*, *op. cit.*, p. 48 ; HENKING T., *Wertungswidersprüche zwischen Embryonenschutzgesetz und den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs ? Am Beispiel des Verbots der Präimplantationsdiagnostik*, *op. cit.*, p. 63 ; BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*

¹⁹⁶² À l'exception de la grande réforme de 2011 sur le Diagnostic préimplantatoire : article 1 de la loi du 21 novembre 2011.

A. La libéralisation en France

658. Si le cadre juridique français - très complet et détaillé - de l'AMP n'est que peu modifié depuis 1994¹⁹⁶³, quelques modifications, lors des réformes bioéthiques de 2004 ou de 2011, laissent à penser que le législateur entend faciliter, améliorer et libéraliser l'accès à l'AMP (1). Il en va de même de la décision *Gomez Gonzalez* du Conseil d'État de 2016 qui place la question de l'AMP sous la protection de l'article 8 de la CESDH relatif à la protection de la vie privée et familiale (2).

1. La libéralisation législative de l'AMP

659. En France, les techniques autorisées en matière d'AMP sont au nombre de cinq : la fécondation *in vitro* (FIV)¹⁹⁶⁴ ; la fécondation *in vitro* avec injection spermatique - appelé ICSI (*intra cytoplasmic Sperm injection*) ; l'insémination artificielle (IA) ; l'insémination artificielle avec tiers donneurs (IAD)¹⁹⁶⁵ et le don d'embryon. Leur utilisation fait l'objet d'un encadrement législatif précis et complet, de type administratif, dont le bon respect est assuré par des institutions éthiques ou biomédicales à l'instar de l'ABM¹⁹⁶⁶. Le compromis voté en 1994 est considéré comme mettant en place un modèle de bioéthique à la française d'une stabilité telle qu'il pourrait aspirer à l'universalité¹⁹⁶⁷. Il n'a d'ailleurs pas fait l'objet de modifications radicales depuis lors. Cependant, les interventions successives du législateur en 2004 et en 2011 vont dans le sens d'une légère libéralisation du régime.

660. En premier lieu, il faut mentionner la libéralisation des conditions d'accès du couple. En 1994, il doit s'agir d'un homme et d'une femme vivants, en âge de procréer, formant un couple marié ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans¹⁹⁶⁸ ; le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué et la preuve d'un projet parental

¹⁹⁶³ Pour un constat similaire, en ce qui concerne la loi de 2004 - ÉGEA P., «La condition fœtale entre procréation et embryologie» *RDSJ*, 2005, p. 232 ; BEVIÈRE B., «Le dispositif législatif de l'assistance médicale à la procréation amélioré et complété par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique», *LPA*, n° 35, 18 février 2005, p. 69.

¹⁹⁶⁴ La FIV permet la rencontre un ovocyte prélevé sur l'ovaire de la femme et des spermatozoïdes prélevés chez son partenaire dans une éprouvette. L'œuf obtenu est implanté deux jours plus tard dans l'utérus de la femme. Elle est une pratique qui ne nécessite pas l'intervention d'un tiers.

¹⁹⁶⁵ Article L152-1 CSP (version 1994) : «L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel. En principe, quels que soient les procédés utilisés ».

¹⁹⁶⁶ L'ABM est créé par la loi bioéthique de 2004. Elle attribue notamment ou refuse les autorisations aux centres d'AMP. Elle dispose de prérogatives étendues allant de l'amélioration des conditions d'accès, à l'évaluation des pratiques en passant par la promotion du don de gamète ou l'information du grand public.

¹⁹⁶⁷ LENOIR N., *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, op. cit. ; AN, séance 3 du 25 novembre 1992, Bernard Kouchner, p. 6056 : « Ces lois essentielles seront l'honneur du parlement, l'honneur de la France mais aussi, je vous l'assure, un modèle pour le reste du monde ».

¹⁹⁶⁸ Cet âge est indirectement fixé par les normes de droit social - qui limitent le remboursement passé l'âge de 43 ans pour les femmes (décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie) - et par le juge - qui limite à 59 ans l'accès à l'AMP pour les hommes (CAA de Versailles, 5 mars 2018, n° 05-03-201).

doit en principe être exigée par les médecins. Or, en 2004, l'un des apports fondamentaux de la loi est d'ouvrir la possibilité pour un couple d'accéder à une AMP afin d'éviter la transmission d'une maladie grave à l'autre membre du couple. L'AMP change ainsi de *finalité*. Elle n'a plus seulement pour but d'aider un couple à réaliser un projet parental mais peut également servir à éviter la contamination de l'autre membre du couple¹⁹⁶⁹. Par ailleurs, depuis 2011, la loi n'impose plus que le couple soit marié ou dans une relation stable depuis deux ans pour accéder à une AMP. La suppression du délai de deux ans est avant tout pragmatique, liée à l'âge croissant des femmes demandant à accéder à une AMP¹⁹⁷⁰. En outre, cette loi a supprimé la condition explicite de projet parental, ne précisant plus que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* ».

661. En second lieu, on observe une libéralisation du régime de l'IAD. Il s'agit d'une pratique hétérologue qui consiste, soit à inséminer artificiellement la femme avec le sperme d'un tiers donneur (IA), soit à utiliser l'ovocyte prélevé chez une donneuse puis fécondé avec le sperme de l'homme (FIV). Le don est structuré autour des principes de gratuité et d'anonymat¹⁹⁷¹. En 1994 le législateur n'autorise l'IAD qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être réalisée que - et seulement si - les autres techniques échouent (soit principalement la FIV)¹⁹⁷². Mais, progressivement le régime se libéralise.

662. Tout d'abord, en 2004, l'IAD n'est plus seulement autorisée à titre strictement subsidiaire. Elle peut être mise en œuvre pour éviter la transmission d'une maladie à l'enfant ou à l'autre membre du couple, si les autres techniques n'ont pas abouti ou *si le couple y renonce*. Le couple peut donc en principe librement décider d'opter pour une IAD¹⁹⁷³. La loi de 2004 modifie aussi le régime en faveur d'un assouplissement des conditions du don¹⁹⁷⁴. Le but est de le « *banaliser* »¹⁹⁷⁵ pour encourager les individus à y procéder. En 2004, la condition selon laquelle le donneur ou la donneuse doit être en couple pour pouvoir donner ses gamètes est supprimée¹⁹⁷⁶. De même, pour faciliter la réalisation de l'IAD, la loi augmente à dix le nombre d'enfants qui peuvent naître à

¹⁹⁶⁹ Article L2141-2 CSP (version de 2004). Sur cette question, HENNETTE-VAUCHEZ., ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 572 : « *La signification même de l'AMP se modifie à travers ces évolutions législatives ; initialement médicalisée et pensée uniquement comme une réponse à l'infertilité, l'AMP change aujourd'hui de portée. En France, depuis 2004, elle est ainsi autorisée non seulement pour remédier à l'infertilité d'un couple mais aussi, le cas échéant pour éviter la transmission à l'enfant ou à un autre membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ».

¹⁹⁷⁰ Voir aussi, DIONISI- PEYRUSSE A., « L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011 », *AJ Famille*, 2001, p. 492.

¹⁹⁷¹ Sur la question de l'anonymat : cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

¹⁹⁷² Article L152-6 CSP (version de 1994).

¹⁹⁷³ Article L2141-7 CSP (version de 2004).

¹⁹⁷⁴ Voir notamment, BEVIÈRE B., « Le dispositif législatif de l'assistance médicale à la procréation amélioré et complété par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *op. cit.*, p. 69.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁹⁷⁶ Article L1244-2 CSP (version de 2004).

l'issue d'un don d'un même donneur ou d'une même donneuse¹⁹⁷⁷. Mais s'il ou elle est en couple, le recueil du consentement de son ou sa partenaire persiste. Ensuite, un décret de 2009 prévoit d'indemniser la perte de rémunération subie par le donneur ou la donneuse¹⁹⁷⁸. Cette indemnisation « est versée sur présentation des justificatifs nécessaires et ne peut être supérieure au quadruple de l'indemnité journalière maximale de l'assurance maladie du régime général prévue à l'article L323-4 du Code de la Sécurité sociale »¹⁹⁷⁹. Par ailleurs, les déplacements effectués par le donneur doivent être pris en charge, de même que l'ensemble des frais médicaux associés¹⁹⁸⁰.

663. Enfin, la loi de 2011 précise que les médecins doivent régulièrement informer leurs patients et patientes sur le don¹⁹⁸¹. De plus, elle supprime la condition en vertu de laquelle le donneur ou la donneuse doit déjà avoir procréé¹⁹⁸². Afin d'encourager de tels dons, la loi propose également aux donneurs et donneuses l'autoconservation de leurs gamètes¹⁹⁸³ et prévoit une autorisation d'absence de travail pour les donneuses. De plus, la pratique médicale développe la technique du « don relationnel croisé »¹⁹⁸⁴. Cela signifie que lorsqu'un couple vient avec une donneuse d'ovocyte, il remonte dans la liste des receveurs potentiels. La donneuse qui l'accompagne donne ses ovocytes à un autre couple - pour ne pas violer le principe d'anonymat - et en contrepartie, le premier couple, placé en haut de la liste de réception des dons, obtient plus rapidement un ovocyte. Il semble que cette pratique ne soit pas particulièrement conforme à l'esprit de la loi¹⁹⁸⁵ car elle ne permet pas de garantir le respect du principe de gratuité. En effet, rien n'empêche le couple de rémunérer la donneuse avec laquelle il se rend aux consultations du CECOS. Cependant, elle met en lumière une tendance à l'encouragement du don afin d'ouvrir les chances pour les couples de pouvoir réaliser une IAD. La loi de 2011 étend aussi le choix des méthodes disponibles en autorisant la technique de congélation ultra-rapide des ovocytes¹⁹⁸⁶. Elle libéralise aussi le régime du don d'embryon. Tout

¹⁹⁷⁷ Article L244-4 CSP (version de 2004).

¹⁹⁷⁸ Décret n° 2009-217 du 24 février 2009 relatif au remboursement des frais engagés à l'occasion du prélèvement d'éléments ou de la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques. Ce décret n'est dans les faits pas appliqué au don d'ovocytes. Voir notamment, MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 105. Voir aussi, Agence de la biomédecine, *Rapport annuel*, 2001, p. 68.

¹⁹⁷⁹ Article R1211-5 CSS.

¹⁹⁸⁰ Article R1211-6 ; article 1211-8 CSP.

¹⁹⁸¹ Article L1244-1-1 sur le don d'ovocyte ; article L1244-1-2 sur le don de sperme.

¹⁹⁸² Le décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 entend lutter contre la relative désaffection du don de sperme et d'ovocytes, en autorisant aux personnes majeures qui n'ont pas eu d'enfants de donner leur gamète. Pour une critique de cette évolution, voir notamment GALLOUX J.C., GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels - mars 2015 à février 2016 », *Dalloz*, 2015, p. 75. En effet, si en apparence, un tel principe est maintenu, ce dernier est en réalité neutralisé par la précision selon laquelle « lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé » (Article L1244-2 CSP) puisque le donneur est, dans la grande majorité des cas, majeur.

¹⁹⁸³ Article L2141-11 CSP (version de 2004). Voir aussi l'arrêté du 24 décembre 2015 (AFSP 1532457A, JO, 8 janvier 2016) qui vient préciser les bonnes pratiques pour l'autoconservation de gamètes en vue d'une AMP.

¹⁹⁸⁴ IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, tome I, 2011, p. 24.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁹⁸⁶ Article L2141-1 CSP ; voir également DIONISI-PEYRUSSE A., « L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011 », *op. cit.*, p. 492. La loi durcit toutefois un peu les obligations qui pèsent sur le corps médical en soumettant la

d'abord, le caractère exceptionnel d'un tel don est supprimé de la loi. De plus, ce dernier n'est plus seulement possible lorsque les techniques d'AMP au sein du couple ne peuvent aboutir mais également lorsque le couple y renonce. La possibilité pour le couple receveur de faire un *choix* en ce qui concerne les techniques d'AMP disponibles s'en trouve donc renforcée. Depuis 2011, le couple dispose désormais d'alternatives supplémentaires quant au sort de ses embryons surnuméraires : l'embryon peut être donné à un autre couple, à la recherche ou détruit. La demande doit être écrite et renouvelée après un délai de 3 mois. En cas de décès, le conjoint survivant ne peut être consulté qu'après un délai d'un an¹⁹⁸⁷.

664. Au regard de ces évolutions, il est alors possible de dégager trois axes de libéralisation du régime de l'AMP de 2004 à 2011 : tout d'abord, son changement de finalité (d'aide à la procréation à la prévention de la transmission d'une maladie grave), ensuite l'autorisation de l'autoconservation des gamètes en cas de maladie ou de don, et dernièrement le visible assouplissement des conditions du don afin de le faciliter. La possibilité pour le couple de faire des choix est renforcée par la loi qui ne considère plus l'accueil d'embryon ou l'IAD comme des pratiques subsidiaires mais admet qu'elles puissent, dorénavant, être *choisies* par le couple. Ces changements pourraient être perçus comme servant à améliorer l'efficacité des procédures d'AMP et à favoriser son accès. On observe donc une *libéralisation* de l'AMP : un renforcement de la *liberté procréative* en la matière. En ce sens, soulignons que le droit de l'AMP autorise, en comparaison avec le droit allemand, de nombreuses techniques d'AMP et les rembourse à 100%. Il insiste aussi fortement sur l'importance du consentement¹⁹⁸⁸, ce qui met en avant l'idée de volonté et *a fortiori* de choix¹⁹⁸⁹. En principe, le couple participe d'ailleurs conjointement avec le médecin à la décision visant à déterminer le nombre d'embryons à implanter¹⁹⁹⁰, à congeler¹⁹⁹¹, et ce qu'il en advient lorsqu'il n'existe plus de projet parental¹⁹⁹². Au regard de ces différents éléments, il apparaît que c'est bien l'idée de *choix* et de liberté procréative qui pourrait se situer au cœur du régime de l'AMP, comme le porte également à croire la décision *Gomez Gonzalez* du Conseil d'État de 2016.

stimulation ovarienne au respect des bonnes pratiques médicales afin d'améliorer le respect de l'intégrité physique des femmes (Article L2141-1 CSP) et en précisant que les couples doivent être clairement informés de l'impossibilité d'un transfert en cas de rupture du couple ou de décès de l'un des membres (Article L2141-1 CSP ; article L2141-10 CSP).

¹⁹⁸⁷ Article L2141-3 CSP.

¹⁹⁸⁸ Voir en ce sens, toutes les dispositions du Titre IV sur l'assistance médicale à la procréation (L2141-1 à 2141-12 CSP).

¹⁹⁸⁹ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁹⁹⁰ En ce sens, l'arrêté du 8 juillet 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation : « *Le nombre d'embryons à transférer est discuté conjointement entre le couple, le clinicien et le biologiste [...] il est autant que possible limité à deux embryons transférés, voire un seul dans certaines indications. Au-delà de deux embryons, les raisons sont justifiées dans le dossier médical du couple.* »

¹⁹⁹¹ Article L2141-3 alinéa 2 CSP.

¹⁹⁹² Article L2141-4 II alinéa 2 CSP ; article L 2141-5 CSP ; article L2141-4 alinéa 2 et 3 CSP.

2. La libéralisation jurisprudentielle : l'exemple de l'AMP *post mortem*

665. Il y a beaucoup à dire sur le retentissant arrêt *Gomez Gonzalez* de 2016 du Conseil d'État et une analyse plus approfondie se portera ultérieurement sur cette décision. À ce stade, il importe surtout d'y faire référence pour mettre en lumière le lien tissé ici par le juge entre l'AMP et les libertés individuelles ou, en l'espèce, les droits fondamentaux garantis par la CESDH.

666. L'arrêt *Gomez Gonzalez* est relatif à l'exportation des gamètes du conjoint décédé de la requérante aux fins de la réalisation d'une AMP *post mortem* à l'étranger. Le Conseil d'État inscrit, dans le cadre d'un référé-liberté, la question de l'AMP (*post mortem*) dans le champ de l'article 8 CESDH, déclarant ainsi que

« le juge des référés du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en rejetant, sur le fondement de l'article L522-3 du Code de justice administrative, la demande qui lui était présentée, au seul motif qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer, eu égard à son office, sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée de la requérante, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'une telle atteinte aurait été la conséquence nécessaire de la mise en œuvre de dispositions législatives du Code de la santé publique. Par conséquent, Mme C... A... est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de son pourvoi, à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque »¹⁹⁹³.

667. Plus encore, le juge ajoute ensuite, à propos du refus de l'ABM et des CECOS d'exporter les gamètes du conjoint décédé de la requérante que

« dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante [...] le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du Code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »¹⁹⁹⁴.

668. En l'espèce, le Conseil d'État qualifie donc la question de l'accès à une AMP (*post mortem*) de liberté fondamentale. Certains auteurs y voient alors l'amplification du « mouvement de subjectivisation du droit »¹⁹⁹⁵ qu'ils contestent - car « un cas personnel est soustrait à la loi, une revendication individuelle prévaut sur la volonté générale, le droit subjectif d'un seul l'emporte sur le droit objectif applicable à tous »¹⁹⁹⁶. Cette critique entend ici mettre en lumière une tendance du droit français, en général, et en matière procréative, en particulier, à la subjectivation du droit, c'est-à-dire à la transformation des désirs individuels en des intérêts juridiquement protégés¹⁹⁹⁷, ce qui tend alors -

¹⁹⁹³ CE, *Gomez Gonzalez*, 31 mai 2016, n° 396848.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁹⁵ DELVOLLE P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁹⁷ RAIMBAULT P., « Quelle signification pour le mouvement de subjectivation du droit public », in HERRERA C.M., PINON S., *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, 2012/2, p. 168.

qu'on y adhère ou non - à inscrire les questions procréatives dans le domaine des droits subjectifs et du *choix*.

669. Ainsi, s'il est fait ici abstraction des débats théoriques sur la distinction entre droit et liberté¹⁹⁹⁸, la décision du Conseil d'État, et les critiques qui s'y rapportent, relient les questions procréatives au champ des libertés individuelles, le terme de *liberté* n'étant pas seulement appréhendé comme une « possibilité organisée par le droit » mais aussi dans une acception plus radicale, proche des notions d'autodétermination et d'autonomie. En Allemagne, certaines décisions du juge du fond font également de l'AMP un élément du libre épanouissement de la liberté des individus.

B. La libéralisation en Allemagne

670. En Allemagne, la question de l'AMP n'a pas été libéralisée sur le plan législatif, à l'exception de la réforme de 2011 qui autorise le diagnostic préimplantatoire. Cela étant, l'encadrement précis de la procédure d'AMP ne se situe pas, en Allemagne, sur le plan législatif, la loi se cantonnant à l'édition de quelques vastes principes pénaux¹⁹⁹⁹. Ce sont les directives médicales qui réglementent, dans les failles laissées par la loi, les questions concrètes susceptibles de se poser. Or, en 2018, une nouvelle directive semble précisément chercher à libéraliser le régime de l'AMP (1).

¹⁹⁹⁸ Voir notamment, pour le droit des droits de l'homme, CHAMPEIL-DESPLATS V., « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n° 5.

¹⁹⁹⁹ En Allemagne, c'est la loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990 qui régleme, sur le plan législatif, et plus précisément sur le plan pénal, la question de l'AMP. Le premier paragraphe interdit l'utilisation abusive des techniques reproductives. Il entend principalement empêcher la maternité dissociée et la création d'embryons surnuméraires, tout en protégeant l'intégrité physique de la femme enceinte. En cas de non-respect de ce §1, le médecin peut faire l'objet d'une sanction pénale. En revanche, les femmes impliquées dans ces procédures ne peuvent pas être sanctionnées. Le deuxième paragraphe interdit ensuite l'utilisation abusive des embryons humains, sanctionnant la cession d'un embryon fécondé *in vitro* ou la transmission, l'acquisition ou l'utilisation d'un embryon à d'autres fins que celles de la poursuite d'une grossesse. Le texte précise que la seule tentative est pénalisée. Le troisième paragraphe interdit de choisir le sexe de l'enfant¹⁹⁹⁹ sous peine d'une sanction allant jusqu'à un an de prison ou d'une amende. Le §3a interdit par principe l'utilisation du diagnostic préimplantatoire, sous peine d'encourir les mêmes sanctions que celles prévues par le §3. Il n'autorise, depuis 2011, son utilisation qu'à titre exceptionnel. Le quatrième paragraphe interdit l'insémination artisanale et *post mortem* sous peine de 3 ans de prison maximum ou d'une amende. Le cinquième paragraphe interdit la modification artificielle des lignées germinales, c'est-à-dire des cellules à l'origine des gamètes, sous peine d'une peine privative de liberté allant jusqu'à 5 ans. Le sixième paragraphe interdit le clonage. La peine encourue peut aller jusqu'à 5 ans de prison. Le septième paragraphe interdit les chimères et les hybrides au risque d'encourir la même sanction que celle prévue par le §6. Le huitième paragraphe définit l'embryon. Le neuvième paragraphe impose que toutes les pratiques d'AMP soient réalisées par un médecin, qui peut toutefois faire jouer sa clause de conscience au regard du §10. Le non-respect de cette disposition est soit sanctionné par une peine privative de liberté (§11) ou d'une amende (§12). Voir notamment, HENKING T., *Wertungswidersprüche zwischen Embryonenschutzgesetz und den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs ? Am Beispiel des Verbots der Präimplantationsdiagnostik*, Nomos 2010, p. 60 et suivantes. Voir aussi, *Einführungen*, *op. cit.*, p. 90 ; KHOSRAVI S., *Die Strafbarkeit nach dem Embryonenschutzgesetz und Stammzellgesetz*, Verlag Dr. Kovac, Hambourg, 2017. Pour une analyse plus détaillée de chaque disposition, voir notamment SCHÄCHINGER M., *Menschenwürde und Menschheitwürde - Zweck, Konsistenz und Berechtigung strafrechtlichen Embryonenschutzes*, Duncker & Humblot, 2014, p. 161 et suivantes. Voir aussi, HENKING T., *Wertungswidersprüche zwischen Embryonenschutzgesetz und den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs ? Am Beispiel des Verbots der Präimplantationsdiagnostik*, Nomos 2010, p. 60 et suivantes ; GÜNTHER H.S., TAUPITZ J., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz - Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen*, Kohlhammer, 2008 ; HAHN, « Fortpflanzungsmedizin », in BAMBERGER H. G., ROTH H., *Beck'scher online Kommentar BGB*, 39ème édition, 2016, Rn 9-15a.

Cette libéralisation, dans un contexte qui tend à inscrire, bien plus qu'en France, l'AMP dans le cadre constitutionnel des droits fondamentaux, peut être lue comme attestant l'existence d'un *droit à l'AMP* justifié par la protection du droit au libre épanouissement de la personnalité, ce qui légitimerait les éventuelles atteintes commises dans ce cadre aux embryons surnuméraires (2).

1. Les directives médicales

671. En Allemagne, seule une loi de nature pénale de 1990 règlemente l'AMP sur le plan législatif. À l'époque, ce choix est justifié par l'incompétence du Bund en matière de médecine reproductive²⁰⁰⁰. Le seul moyen pour le Bund d'intervenir en la matière est alors l'édition de sanctions pénales²⁰⁰¹, seul domaine pour lequel il est compétent. Cela étant, en 1994, la compétence du Bund est étendue au domaine de la « *fécondation artificielle, de la recherche et de la modification artificielle des informations héréditaires et de la réglementation sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules* »²⁰⁰². En 2006, le terme de fécondation artificielle est même remplacé par celui, plus vaste, de procréation médicalement assistée²⁰⁰³. Pourtant, le législateur ne se saisit pas de sa nouvelle compétence²⁰⁰⁴. On suppose donc ici une volonté politique de préférer un encadrement peu précis de nature pénale. En l'absence d'encadrement législatif précis, des organismes médicaux - et en particulier la Chambre fédérale des médecins²⁰⁰⁵ - interviennent pour compléter la loi de 1990, tout en appelant le législateur à édicter un texte plus complet²⁰⁰⁶. La Chambre fédérale des médecins édicte une directive en 1998 - réactualisée en 2006 - sur la mise en œuvre de la reproduction assistée²⁰⁰⁷. Elle considère que « *dans la mesure où de nombreux problèmes de la médecine reproductive en Allemagne ne sont pas réglementés dans le détail par une loi sur la médecine reproductive, il est du devoir des instances scientifiques de la Chambre fédérale des médecins, d'accompagner de manière continue les évolutions dans le domaine de la médecine reproductive, de les remettre en question et au besoin de prévoir des directives-type pour les encadrer* »²⁰⁰⁸. Même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'un texte juridiquement contraignant²⁰⁰⁹, cette directive a

²⁰⁰⁰ Voir notamment, HENKING T., *Wertungswidersprüche zwischen Embryonenschutzgesetz und den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs ? Am Beispiel des Verbots der Präimplantationsdiagnostik*, *op. cit.*, p. 63.

²⁰⁰¹ Article 74 alinéa 1 LF.

²⁰⁰² Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes - loi réformant la Loi fondamentale, 27 octobre 1994.

²⁰⁰³ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes - loi réformant la Loi fondamentale, 28 août 2006.

²⁰⁰⁴ En juillet 2017, un rapport sur le droit de la filiation - qui aborde également certaines thématiques en lien avec l'AMP - a été donné au ministère de la Justice dans le but d'une éventuelle réforme : Arbeitskreis Abstammungsrecht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Berlin, 2017.

²⁰⁰⁵ BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*, p. 1392.

²⁰⁰⁶ Pour une critique de leur pouvoir normatif, LAUFS A., « Deutscher Ärztetag und Fortpflanzungsmedizin », in LAUFS/KERN, *Handbuch des Arztrechts*, 4^{ème} édition, 2010, §6.

²⁰⁰⁷ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, 19 mai 2006, p. 1392.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁰⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) et (partie 1, titre 1, chapitre 2). Voir également, ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 58.

vocation à servir de modèle pour les dispositions juridiques édictées par les Länder, qui, elles, sont contraignantes, notamment dans le cadre de l'élaboration des règles de déontologie en matière d'AMP²⁰¹⁰. Jusqu'à la suppression de cette directive en 2018, il s'avère que 10 des 16 codes de déontologie reprennent mot à mot les dispositions de la Chambre fédérale des médecins²⁰¹¹. Elle prévoit les conditions d'accès²⁰¹² à l'AMP, en principe, réservée aux couples mariés²⁰¹³ ou en concubinage hétérosexuel²⁰¹⁴. Elle réserve ensuite l'AMP à une « stérilité pathologique »²⁰¹⁵. Elle spécifie les techniques autorisées, restreintes en théorie aux pratiques autologues, c'est-à-dire réalisées avec les gamètes des membres du couple. En effet, l'IAD ne peut être qu'une possibilité subsidiaire, voire exceptionnelle²⁰¹⁶, soumise à de strictes conditions²⁰¹⁷. Elle précise les conditions techniques et matérielles que doivent remplir les établissements qui veulent pratiquer l'AMP, posant notamment des conditions de compétence pour les médecins²⁰¹⁸. Elle règlemente de manière plus spécifique la question du transfert d'embryons et celle, non prévue par la loi, de la cryoconservation²⁰¹⁹. Elle impose par ailleurs une obligation d'archivage des données, la création de commissions spécifiques compétentes pour contrôler la bonne application de la directive dont le non-respect peut en théorie entraîner des sanctions disciplinaires, en parallèle des sanctions pénales prévues par la loi.

672. En 2018, cette directive est modifiée. En effet, la modification de la loi sur les éléments du corps humain²⁰²⁰ en 2008 emporte une transformation des compétences de la Chambre fédérale

²⁰¹⁰ Sur cette question, ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung*, op. cit., p. 59 ; TETTINGER, *Kammerrecht*, 1997, p. 190 ; KLUTH, *Handbuch des Kammerrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2^{ème} édition, 2011, §9 Rn. 11f. Voir aussi, GRZIWOTZ H., « Kinderwunschfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption », *NZ Fam*, 2014, p. 1965.

²⁰¹¹ En ce qui concerne les six Länder qui ne les reprennent pas expressément, seul le Land de Hambourg précise, expressément, dans sa propre directive que l'accès des couples lesbiens est autorisé. Les Länder de Bavière, Berlin et du Brandebourg ne réglementent pas la question des conditions d'accès et laisse partant au corps médical le soin de déterminer s'ils souhaitent ou non admettre des couples de femmes. Quant au Land de la Saxe et de la Sarre, ils interdisent en revanche clairement l'accès à l'IAD des couples de femmes et des célibataires.

²⁰¹² BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit. p. 1395, point 3 : conditions générales d'accès. Pour une critique de la réglementation des conditions d'accès par un organe non démocratiquement légitime, KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, Dissertation, Universität Konstanz, 2004, p. 367.

²⁰¹³ *Ibid.*, p. 1395.

²⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 1395 : « Les méthodes d'assistance à la reproduction peuvent également être réalisées chez une femme non mariée. Ce n'est possible que si le médecin a pu arriver à la certitude que la femme vit dans une relation stable avec un autre homme non marié ».

²⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 1394.

²⁰¹⁶ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1395. Voir aussi, BAMBERGER H. G., ROTH H., *Beck'scher online Kommentar BGB*, §1591 Mutterschaft, op. cit., Rn 9-15a, §11.

²⁰¹⁷ *Ibid.* L'IAD est notamment soumise à un avis préalable de la commission d'éthique installée auprès du Conseil fédéral ou régional des médecins. Le mélange de sperme est interdit, ainsi que l'utilisation de sperme frais. Le sperme doit être dépisté tous les 6 mois dans un souci de prévention du Sida. Une IAD ne peut être réalisée avec du sperme cryoconservé qu'après une période minimum de 180 jours et après que le donneur ait été dépisté négatif pour le Sida et pour les autres infections précisées par la directive.

²⁰¹⁸ *Ibid.* p. 1396.

²⁰¹⁹ En effet, même si la création d'embryons surnuméraires est interdite par la loi, la question de la conservation peut être amenée à se poser lorsque l'implantation est impossible. Il est impossible d'empêcher à 100% la création d'embryons surnuméraires. Voir notamment SELB W., *Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen*, Mohr, 1987, p. 117.

²⁰²⁰ Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen - Loi sur la qualité et la sécurité des tissus et cellules humaines, 20 juillet 2007.

des médecins qui peut désormais édicter des directives contraignantes sur les questions de dons, de prélèvements de transferts et d'applications des éléments du corps humain²⁰²¹. Forte de cette nouvelle compétence, la Chambre fédérale des médecins édicte une directive sur le prélèvement et le transfert de gamètes humains dans le cadre de la médecine reproductive²⁰²². Or, ce nouveau texte, qui remplace la directive de 2006²⁰²³ et qui est désormais contraignant, ne pose aucune condition d'accès à l'AMP. À première vue, l'accès à l'AMP apparaît donc faire l'objet d'une libéralisation. Cette nouvelle directive admet également la cryoconservation des ovocytes imprégnés, voire même des embryons surnuméraires, améliorant par ce biais les chances de succès de la réalisation du projet parental et, partant, de l'efficacité de l'AMP²⁰²⁴. Cette libéralisation s'inscrit dans un mouvement plus vaste de réforme du droit de l'AMP au sein duquel certaines dispositions du droit de la famille ont également été modifiées en 2018 afin de sécuriser la filiation des enfants nés dans le cadre d'une IAD²⁰²⁵. Par ailleurs, il semble que le don d'embryon soit aujourd'hui admis en droit allemand. En principe, dans la mesure où le don d'ovocyte est interdit en Allemagne - « *une interdiction formelle du don d'embryon devrait logiquement suivre* »²⁰²⁶. Pourtant, le don d'embryon n'est pas explicitement interdit par la loi de 1990²⁰²⁷. Seul le transfert d'embryon dans le but explicite d'une GPA fait l'objet d'une pénalisation expresse. *De facto*, on peut observer que la pratique du don d'embryon se développe en Allemagne. Le dernier rapport du ministère de la Justice relatif à l'évolution du droit de la filiation parle du don d'embryon comme d'une pratique légale²⁰²⁸. Un réseau « *don d'embryon* »²⁰²⁹ s'occupe des dons d'embryon et des ovocytes imprégnés conservés²⁰³⁰. En 2015, 57 dons avaient déjà été réalisés²⁰³¹. Le 21 mars 2018, le tribunal de

²⁰²¹ Cette loi introduit dans la loi sur la transplantation un §16b qui dispose que « *la Chambre fédérale des médecins peut compléter les dispositions légales par le biais de directives relatives à l'actuel état des connaissances de la science médicale en accord avec les autorités fédérales compétentes en matière de prélèvement d'éléments du corps humain, en particulier en ce qui concerne l'appréciation médicale de l'aptitude médicale d'un donneur d'éléments corporels, l'examen du donneur et le prélèvement, le transfert et l'application de ces éléments du corps humain* ».

²⁰²² BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, Deutsche ärzteblatt mai 2018.

²⁰²³ *Ibid.*

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen - loi réglementant le droit à la connaissance de ses origines en cas d'IA avec don de sperme, 17 juillet 2017. Voir aussi Arbeitskreis Abstammungsrecht, *Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, juin 2017.

²⁰²⁶ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 183.

²⁰²⁷ FROMMEL M., « *Juristisches Gutachten zur Frage der Zulässigkeit der Freigabe kryokonservierter befruchteter Eizellen (2-PN-Stadien) durch die Inhaber, des Auftauens mit Einverständnis des Spenderpaares und der extrakorporalen Weiterkultivierung zum Zwecke der Spende an eine Frau, von der die Eizelle nicht stammt* », Gutachten 2011, disponible sur https://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/gutachten_frommel_embryonenspende.pdf. Voir aussi, sur les questions juridiques, Deutschen Ethikrates, *Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung*, mars 2016.

²⁰²⁸ Voir Arbeitskreis Abstammungsrecht, *Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, *op. cit.*

²⁰²⁹ Netzwerk Embryospende.

²⁰³⁰ §2 du règlement des Netzwerk Embryonenspende du 29 juillet 2015. Ce réseau comprend actuellement 21 centres de PMA. Ce réseau prévoit une procédure spécifique pour le don : Tout d'abord, dès lors qu'un couple rompt son contrat avec le centre de conservation - dans la majorité des cas, des ovocytes imprégnés, le couple est informé des possibilités du don. En parallèle, les couples intéressés par un don doivent déposer une demande auprès du réseau. Ce don n'est possible que si, d'un côté, la donneuse a moins de 37 ans, et de l'autre, si la receveuse a moins de 44 ans et le receveur moins de 54 ans. Les

Dillingen, confronté à la légalité des pratiques de ce réseau, considère toutefois que le don d'ovocytes imprégnés est interdit, c'est-à-dire le don d'ovocytes déjà entrés en contact avec les spermatozoïdes mais pas encore pleinement fécondés (ovocytes au stade pronucléaire et donc pré-embryonnaire)²⁰³². En l'espèce, le juge considère que le fait de cultiver des ovocytes *dans le but* de les implanter dans un autre utérus que celui de la femme dont provient les ovocytes est contraire à l'article 1 alinéa 2 de la loi de 1990²⁰³³ qui dispose précisément « *qu'il est interdit de féconder artificiellement un ovocyte dans un autre but que celui de provoquer une grossesse chez la femme dont provient l'ovocyte* ». Le juge estime tout d'abord que la cryoconservation de l'ovocyte imprégné sert certes effectivement la réalisation d'un éventuel futur projet parental chez la femme dont provient l'ovocyte (processus n° 1). Mais il considère également que la cryoconservation interrompt par le même temps le processus de développement de l'ovocyte dans le cadre du projet parental de cette femme²⁰³⁴. Par conséquent, lorsque le médecin décide de décongeler les ovocytes, il démarre un nouveau processus de développement de l'ovocyte (processus n° 2). Or, ce nouveau processus (le n° 2) ne sert pas le développement de la grossesse chez la femme dont provient l'ovocyte²⁰³⁵. Le médecin est donc coupable de l'infraction prévue par l'article 1 alinéa 2 de la loi de 1990. Cette décision interdit donc les dons d'ovocytes imprégnés, bien plus nombreux en Allemagne que les embryons disponibles puisqu'en principe, aucun embryon surnuméraire ne peut être créé²⁰³⁶. Toutefois, cette décision signifie *a contrario* que, même s'il n'existe actuellement aucun encadrement législatif de cette question²⁰³⁷, les dons d'embryons sont *a priori*, tolérés en Allemagne²⁰³⁸. La

donneurs doivent déjà avoir procréé. Afin de ne pas se trouver en contrariété avec le Code civil et la loi relative au transfert de tissus, un principe de gratuité régit la pratique du don. De plus, l'association prévoit l'anonymat des donneurs. Cependant, afin de garantir le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, elle conserve l'identité des donneurs dans un dossier qui pourra être communiqué à la majorité de l'enfant à sa demande. En outre, elle prévoit l'appariement des receveurs et des fœtus en raison de leurs caractéristiques phénotypiques. Les couples sont vivement encouragés à se rendre à une consultation psycho-sociale, et la pratique reste subsidiaire aux autres techniques d'AMP. En 2015, 141 couples sont inscrits sur liste d'attente, 57 dons sont réalisés, 45 transferts sont réalisés et 7 naissances ont lieu (Deutscher Ethikrat, *Embryonenspende, Embryonenadoption und elterliche Verantwortung*, Stellungnahme, 22, mars 2016, p. 18 ; Netzwerk Embryonenspende, Häufig gestellte Fragen zur Embryonenspende ; FROMMEL M., « Juristisches Gutachten zur Frage der Zulässigkeit der Freigabe kryokonservierter befruchteter Eizellen (2-PN-Stadien) durch die Inhaber, des Auftauens mit Einverständnis des Spenderpaares und der extrakorporalen Weiterkultivierung zum Zwecke der Spende an eine Frau, von der die Eizelle nicht stamme », Gutachten 2011).

²⁰³¹ 141 couples sont inscrits sur liste d'attente, 57 dons sont réalisés, 45 transferts sont réalisés et 7 naissances ont lieu.

²⁰³² Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²⁰³³ AG Dilligen, 21 mai 2019. Pour les avis doctrinaux précédents la décision : TAUPITZ J., HERMES B., « Eizellspende verboten - Embryonenspende erlaubt? » *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, 1802-1807, p. 1807 ; BÖRGERS N., FRISTER, H., *Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Kryokonservierung von Keimzelle*, 2010.

²⁰³⁴ Voir également, « Embryonenadoption, Rechtliches, Reproduktionsmedizin », 22 avril 2018 sur le site de l'association Spenderkinder.

²⁰³⁵ *Ibid.*

²⁰³⁶ En Allemagne, plus de 70 000 ovocytes imprégnés ont été cryoconservés contre une centaine d'embryons (chiffres de 2000/2001).

²⁰³⁷ Ce que demande le conseil d'éthique allemand : Deutscher Ethikrat, *Embryonenspende, Embryonenadoption und elterliche Verantwortung*, 22 mars 2016.

²⁰³⁸ Voir le courrier rédigé par l'association aux couples demandeurs d'un don d'embryon, disponible sur <https://www.netzwerk-embryonenspende.de/aktuell/Wunscheltern-Wartezeiten.pdf>

protection de la *vie nue* explique probablement l'admission de cette pratique qui empêche la destruction des embryons surnuméraires²⁰³⁹. En tout état de cause, le droit de l'AMP semble bien avoir évolué dans le sens d'une certaine forme de *libéralisation*.

673. De prime abord, c'est ainsi une volonté de libéralisation de l'AMP qui guide les récentes modifications de son encadrement. Cette libéralisation peut être analysée comme étant en lien avec la montée en puissance du paradigme de l'autonomie procréative, surtout lorsqu'elle est mise en perspective avec le contexte juridique plus général de l'AMP qui tend en Allemagne à la rattacher à la sphère des droits fondamentaux.

2. L'AMP portée par une rhétorique des droits fondamentaux

674. La question de l'AMP est fondée en Allemagne sur une rhétorique des droits fondamentaux²⁰⁴⁰. En Allemagne, la question semble se structurer autour d'un conflit entre, d'un côté, une conception objective des droits fondamentaux qui entend protéger la dignité et la vie de l'être conçu *in vitro*, et, de l'autre, une conception subjective des droits fondamentaux qui accordent aux individus un droit à l'épanouissement personnel²⁰⁴¹. Ainsi, différents intérêts s'opposent : la liberté de la recherche peut entrer en conflit avec la protection de la dignité humaine ; le droit à la famille avec la protection de la vie ; le droit à l'épanouissement personnel avec la protection de la famille, etc. Preuve de cet ancrage en termes de droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle est saisie de la question de savoir si le régime juridique relatif à la prise en charge de l'AMP - distinguant entre les couples mariés et non mariés - est contraire à la Loi fondamentale, et plus particulièrement aux articles 1 sur la dignité, 2 sur le droit à la vie, 3 sur l'égalité et 6 sur la famille. De plus, le commentaire officiel de la loi sur la protection de l'embryon énonce que, même si le législateur s'est peu saisi de la question de l'AMP,

²⁰³⁹ *Ibid.*, p. 118

²⁰⁴⁰ Pour un constat similaire, voir aussi, KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, Thèse, Universität Konstanz, 2004, p. 253 et suivantes. Voir aussi, les débats parlementaires - BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Frau Dr Däubler Gmelin, p. 4290 : « *Les droits fondamentaux et les valeurs fondamentales de notre Constitution doivent être protégés contre les nouvelles possibilités de la science* » ; BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Funke, p. 4296 : « *Le droit ne doit pas se fonder sur ce qui est techniquement faisable mais doit s'orienter au regard des principes et des valeurs de la Loi fondamentale* ». Et la réponse du gouvernement à une question parlementaire - Antwort der Bundesregierung auf die Grosse Anfrage der Abgeordneten Frau Schmidt Bott und der Fraktion DIE GRUNEN, Ursache, Prävention und Behandlung der Unfruchtbarkeit, Entwicklung und Auswirkungen von Fortpflanzungstechniken und Embryonenforschung, Drucksache 11/2238, 04 mai 1988 : « *Le gouvernement part du principe que [leur projet] va renforcer la valeur accordée aux capacités reproductives et à la création de la vie. Il a l'intention de protéger les valeurs fondamentales qui sont en cause ici par le biais d'une loi* ».

²⁰⁴¹ Voir notamment, GRZIWOZ H., « *Kinderwünscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption* », *op. cit.*, p. 1065. RAMM T., « *Die Fortpflanzung : eine Freiheitsrecht* », *JZ*, 1989 ; ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung, Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen*, *op. cit.*, p.45 ; LINDNER J. F., « *Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizingesetzes* », in ROSENAU H., *Ein Zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland*, *op. cit.*, p.137 et p. 143 ; KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, *op. cit.*, p. 179. Voir également REISS M., *Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik - Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der von einem Verbot betroffenen Paare*, *op. cit.* ; DIEFENBACH A.K., *Leihmutterchaft rechtliche Problem der für andere übernommenen Mutterschaft*, *op. cit.*

« cela n'empêche pas que la plupart de ses questions sont rattachées en Allemagne, bien plus que dans d'autres pays, à l'échelle constitutionnelle ; le but étant, dans la majorité des cas, d'insister sur la gravité d'une éventuelle atteinte à la dignité et de présenter sa propre conception des choses comme universelle »²⁰⁴². Par conséquent, « même si c'est le législateur qui a dû se saisir de ces questions, cela ne signifie pas que la Constitution n'a pas eu un rôle à jouer dans la gestion des exigences liées à la médecine reproductive ou de la génétique humaine. Elle offre indéniablement des éléments importants d'appréciation »²⁰⁴³.

675. L'ancrage constitutionnel, qui rattache la question aux droits fondamentaux, pourrait permettre d'inscrire l'AMP dans le champ de l'autonomie procréative, surtout dans un pays qui place le respect de la liberté de l'individu au cœur de ces droits fondamentaux²⁰⁴⁴. En ce sens, il faut noter que le juge fiscal, confronté à la question du rabatement fiscal sur les frais d'AMP non remboursés par la Sécurité sociale, énonce dans une décision de 1997 que « le droit d'enfanter sa descendance se trouve au cœur du droit fondamental au libre épanouissement de la personnalité (article 2 alinéa 1) »²⁰⁴⁵. En 1999, il déclare à nouveau que « la réalisation du désir d'enfant, par le biais d'une AMP, avec lequel on est génétiquement lié, est la manifestation du libre épanouissement de la personnalité protégé par l'article 2 alinéa 1 de la LF »²⁰⁴⁶. Par ailleurs, la directive de la Chambre fédérale des médecins de 2006 dispose, quant à elle, que « la médecine reproductive doit respecter le droit à l'autodétermination des patients qui souhaitent réaliser leur désir d'enfant »²⁰⁴⁷.

676. Ainsi, en France et en Allemagne, dans une moindre mesure qu'en matière de contraception ou d'IVG, en matière d'AMP, c'est également la montée en puissance du paradigme de la liberté procréative qui pourrait expliquer l'atténuation de la protection de la vie anténatale *in vitro*²⁰⁴⁸. Il serait possible de croire que, si le droit n'assure pas une protection continue et linéaire de *zoe*, c'est pour permettre aux individus de faire des choix procréatifs, et notamment de réaliser un projet d'enfant. Cependant, il importe désormais de déconstruire l'idée selon laquelle c'est la souveraineté individuelle qui se situe au cœur de l'encadrement juridique de l'AMP. En effet, celui-ci s'articule surtout autour de la figure du *médecin* et d'un nouveau modèle de gestion des comportements procréatifs fondé sur la *médicalisation*.

²⁰⁴² GÜNTHER H.L., TAUPITZ J., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz - Juristischen Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen*, *op. cit.*, p. 82.

²⁰⁴³ *Ibid.* p. 83.

²⁰⁴⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

²⁰⁴⁵ Voir notamment BFH, 18 juin 1997, III R 84/96, §11. Cependant, dans cette même décision, le juge considère que c'est la pathologisation de la stérilité qui explique avant tout la prise en charge. Sur l'absence de rattachement de l'AMP au champ des droits fondamentaux. Voir notamment, KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, Dissertation, Universität Konstanz, 2004, p. 118.

²⁰⁴⁶ BFH, 18 mai 1999, Az III R 46/97, §9. Le juge refuse toutefois le rabatement fiscal.

²⁰⁴⁷ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*, p. 1392.

²⁰⁴⁸ De cette protection, il n'en est, du reste, presque jamais question dans le droit positif français qui autorise dès 1994 la destruction des embryons surnuméraires. Quant à l'Allemagne, cette protection est peu effective, étant donné qu'il est presque impossible d'empêcher la création de ces embryons. Qui plus est, pour éviter d'être confrontés à la question des embryons surnuméraires, les médecins cryoconservent désormais les ovocytes avant leur « transformation » en embryons, lorsqu'il ne s'agit que d'ovocytes imprégnés, c'est au dire au stade pronucléaire non protégé par le droit. Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

Section 2. La liberté procréative, logique seulement incidente de la protection discontinuée de la vie

677. L'accès à l'AMP n'est pas présenté par le droit positif français ou allemand comme un *droit* dont l'accès serait garanti au nom de l'autonomie procréative des individus. En effet, le droit ne permet l'exercice de ce choix procréatif que dans un cadre restreint, en partie structuré autour de processus de *responsabilisation*. Or, on sait désormais que ces processus n'entendent pas tant garantir l'autonomie décisionnelle des individus qu'influencer la mise en œuvre de leur liberté (**sous-section 1**). Ce cadre restreint est notamment marqué, particulièrement en France, par une construction éminemment thérapeutique de l'AMP qui pense la stérilité avant tout comme une maladie. Partant, le droit de l'AMP, en France, est construit comme permettant une réponse médicale à des enjeux (problèmes) médicaux. Même si en Allemagne, la stérilisation n'est pas appréhendée de manière aussi unanime comme une maladie, on observe également que la médecine reproductive est largement médicalisée. On retiendra ainsi que, dans aucun des deux pays, elle ne s'inscrit pleinement dans une logique autonomiste fondée sur la libre réalisation d'un désir d'enfant. Malgré des cadres juridiques très distincts en France (où la question est réglementée par pléthore de dispositions juridiques administratives) et en Allemagne (où seule une loi avant tout pénale réglemente la question), c'est la logique de la *médicalisation* qui transcende les approches, plaçant non pas l'individu mais le médecin au cœur de ce nouveau modèle de gestion des comportements procréatifs lequel légitime dans ce cadre les atteintes autorisées à la *vie in vitro* (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Analyse du droit positif : une autonomie procréative positive en trompe-l'œil.

678. Ce n'est pas une seule logique de l'autonomie qui guide, en droit français ou allemand, la réalisation des choix procréatifs positifs, lesquels sont enfermés dans un cadre juridique éminemment contraint (I). Si, effectivement, il y a en matière l'AMP une *possibilité* juridiquement organisée, l'AMP demeure *orientée* par des mécanismes de *responsabilisation*. Par ces derniers, le cadre juridique vise, au-delà des interdictions et sanctions expressément prévues par le droit, à influencer les comportements procréatifs positifs (II).

I. Une liberté procréative enserrée dans un cadre juridique contraignant

679. L'accès à une AMP reste soumis en droit français et allemand à des conditions strictes qui s'opposent à l'idée selon laquelle le respect de l'autonomie procréative commanderait le libre accès à l'AMP (B). Quant au droit européen, une analyse approfondie des arrêts dans lesquels il consacre un droit de devenir parent met en lumière leur portée limitée (A).

A. Une portée seulement relative de la jurisprudence européenne

680. Si la Cour affirme, en 2007, notamment dans les arrêts *Evans contre Royaume-Uni* et *Dickson contre Royaume-Uni*²⁰⁴⁹, le respect de la décision de devenir ou de ne pas devenir parent, la portée de ces arrêts est en réalité moins importante qu'elle n'y paraît.

681. Dans l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni*, la requérante avait entamé une procédure d'AMP avec son compagnon. Avant le transfert de l'embryon, le couple se sépare et ce dernier retire son consentement à l'AMP. La requérante voit donc son projet parental anéanti : sa seule possibilité de devenir parent génétique disparaît du fait de « l'inconstance »²⁰⁵⁰ ou du « caprice »²⁰⁵¹ de son ancien-compagnon. Elle conteste donc devant la CEDH, sur le fondement de l'article 8, la législation du Royaume-Uni qui autorise le retrait du consentement du partenaire juste avant le transfert embryonnaire et qui l'empêche par ce biais de réaliser son désir d'enfant. Mais la Cour constate ici la non-violation de l'article 8. Elle considère que l'ordre juridique établi ici un juste entre les intérêts concurrents en jeu, soit - sommairement - entre le droit pour la requérante de devenir parent génétique et celui pour son ex-compagnon de ne pas le devenir²⁰⁵². Ainsi, si la Cour consacre un droit de devenir ou de ne pas devenir parent, elle fait ici primer le pendant négatif de ce droit sur son pendant positif²⁰⁵³. Sans s'intéresser ici à la pertinence de la solution retenue, il importe de relever qu'en l'espèce, il ne découle pas de l'article 8 un droit d'accéder à l'AMP pour devenir parent génétique.

682. Dans l'arrêt *Dickson contre Royaume-Uni*, à l'inverse, la Cour fait découler de l'article 8 un droit d'accès à l'AMP pour le couple DICKSON. L'accès à l'AMP leur avait été refusé au Royaume-Uni car Monsieur DICKSON était incarcéré²⁰⁵⁴. Or, au regard du droit anglais, en cas d'incarcération,

²⁰⁴⁹ CEDH, *Evans contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905.

²⁰⁵⁰ ROMAN D., « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? », *op. cit.*, p. 810.

²⁰⁵¹ MARGUÉNAUD J.P., « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.*, 2007, p. 295.

²⁰⁵² CEDH, *Evans contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905.

²⁰⁵³ MARGUÉNAUD J.P., « Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs », *RTD Civ.*, 2012, p. 697.

²⁰⁵⁴ CEDH, *Dickson contre Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, n° 4436204.

le caractère « exceptionnel » de la demande doit être apporté, ce que n'avaient pas pu faire les requérants. Selon la Cour, même si « *on ne peut probablement pas qualifier la politique d'interdiction de globale [...] puisqu'en principe tout détenu peut présenter une demande et, comme le démontrent les statistiques produites par le Gouvernement, trois couples ont vu leur demande aboutir* », la demande d'AMP n'a pas fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité²⁰⁵⁵.

*« Dès lors, pour la Cour, il y a lieu de considérer que l'absence d'une telle évaluation concernant une question qui revêt une grande importance pour les requérants outrepassa toute marge d'appréciation acceptable, de sorte qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts publics et privés en présence. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention »*²⁰⁵⁶ car le Royaume-Uni « *ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce, d'autant que la seconde requérante était en liberté et pouvait, jusqu'à la libération de son mari, prendre soin de l'enfant éventuellement conçu* »²⁰⁵⁷.

683. En ne ménageant pas un bon équilibre entre les intérêts en cause, le Royaume-Uni a donc excédé la marge de manœuvre dont il disposait²⁰⁵⁸ et porté atteinte aux droits des requérants de procréer par le biais de l'AMP. Cela étant, il est possible de considérer qu'il s'agit ici avant tout d'un arrêt d'espèce dont la solution se justifie par des circonstances particulières : l'AMP est autorisée au Royaume-Uni et, pourtant, sans encadrement spécifique, les demandes d'AMP des prisonniers sont manifestement souvent refusées par les autorités anglaises. Le droit anglais ne permettant par ailleurs aucune visite conjugale, il empêche les prisonniers de procréer.

684. Preuve du caractère singulier de l'arrêt *Dickson contre Royaume-Uni*, dans d'autres arrêts en lien avec l'AMP, la Cour accorde aux États une large marge de manœuvre, refusant aux requérants le bénéfice d'un droit d'accès à l'AMP sur le fondement de l'article 8. Ainsi, dans un arrêt *S.H. contre Autriche* de 2011 concernant l'interdiction du don de gamète et en particulièrement du don d'ovocytes, la Cour estime qu'« *eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que, ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation in vitro posées par l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle n'ont excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente [...] Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des requérants* »²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, §84.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, §84 et §85.

²⁰⁵⁷ *Ibid.*, §76.

²⁰⁵⁸ *Ibid.*, §81 et §82 : « *En conséquence, il s'agit là d'un domaine dans lequel les États contractants peuvent jouir d'une ample marge d'appréciation lorsqu'ils ont à déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention, compte dûment tenu des besoins et ressources de la société et des personnes. Cela dit, et à supposer même que l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire Mellor équivaille à un examen judiciaire de la politique sous l'angle de l'article 8 (bien que cet arrêt ait été rendu avant l'incorporation de la Convention dans le droit anglais et dans un contexte de contrôle juridictionnel, paragraphes 23-26 ci-dessus), la Cour estime que la politique, telle qu'elle est structurée, exclut concrètement toute mise en balance réelle des intérêts publics et des intérêts privés en présence et qu'elle empêche l'appréciation requise par la Convention de la proportionnalité d'une restriction dans une affaire donnée* ».

²⁰⁵⁹ CEDH, *S.H. et autres contre Autriche*, 3 novembre 2011, n° 5781300, §115 et §116.

685. En 2015, dans un arrêt *Gas et Dubois contre France*, elle considère que l'État n'a pas excédé sa marge d'appréciation nationale en interdisant le recours à l'AMP pour les couples de femmes ou les femmes célibataires²⁰⁶⁰. En 2018, la Cour juge irrecevable la demande des requérantes CHARRON et MERLE-MONTET qui visait à faire réexaminer la conventionnalité du régime juridique français de l'AMP qui limite son accès aux couples hétérosexuels.

686. À l'aune de ces décisions, la Cour ne semble pas appréhender le droit de devenir parent génétique comme bénéficiant de garanties telles que la marge d'appréciation des États s'en trouverait réduite. Elle ne considère pas États membres doivent libéraliser les conditions d'accès ou les techniques disponibles, justement respectivement assez circonscrites, en France et en Allemagne.

B. Des cadres juridiques nationaux stricts

687. Alors qu'en France, le législateur pose des conditions d'accès strictes pour accéder à l'AMP, en Allemagne, ce sont surtout les techniques d'AMP qui sont limitativement autorisées par la loi de 1990. Il en découle, en France (1) et en Allemagne (2), qu'il n'existe aucun *droit à l'AMP*, encore moins guidé par une logique autonomiste.

1. Le cadre français

688. Les conditions posées par le texte français sont beaucoup trop strictes²⁰⁶¹ pour que l'accès à l'AMP puisse être pensé comme structuré autour de l'idée d'autonomie procréative. En effet, l'accès à l'AMP étant conditionné par le constat d'une stérilité jugée pathologique, le droit impose le refus des demandes considérées comme ne servant que la seule « *convenance personnelle* »²⁰⁶². Or, la logique de la pathologisation - qui sera ultérieurement étudiée - est fondamentalement différente de la logique libérale : accorder aux individus la possibilité d'obtenir un traitement parce qu'ils sont considérés comme malades n'ouvre en effet pas droit aux mêmes possibilités que de penser l'AMP comme un outil de concrétisation d'un choix procréatif autonome.

689. Pour preuve, les discours parlementaires et doctrinaux s'opposent majoritairement à la consécration d'un droit à l'enfant. Or, la négation virulente d'un droit à l'enfant neutralise l'idée selon laquelle il pourrait y avoir un *droit à l'AMP*, justifiée non pas par des considérations médicales

²⁰⁶⁰ CEDH, *Gas et Dubois contre France*, n° 2595107, §58-61.

²⁰⁶¹ Article L2141-2 CSP ; cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

²⁰⁶² Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

mais par la consécration d'un droit à l'autonomie procréative. Lors des débats des années 1990, les parlementaires affirment ainsi que

« le droit à l'enfant n'existe pas, parce qu'un projet parental mené par un couple constitué selon les normes reconnues par notre société est un préalable impératif, il est licite que le projet de loi condamne ces pratiques »²⁰⁶³, que « le désir d'enfant n'est pas le droit à l'enfant »²⁰⁶⁴ ou encore qu'« il n'existe pas - nous devons le dire - un droit absolu à l'enfant. Mais quoi de plus légitime que le désir d'enfant ? »²⁰⁶⁵.

690. La force de la négation en France de l'existence d'un *droit à l'enfant* montre que le discours juridique français ne s'est pas structuré autour d'une rhétorique de l'autonomie procréative. Un discours relatif à la crainte de la surpuissance de l'individualisme et la montée en puissance de la subjectivation des désirs personnels ne permet pas de penser l'AMP comme un droit ou une liberté sans faire apparaître ses potentiels titulaires comme seulement guidés par des désirs égoïstes²⁰⁶⁶. Une nuance est ainsi instaurée entre d'un côté le *désir d'enfant* - condition *sine qua non* de l'accès à l'AMP lorsqu'il est pensé comme légitime - et la revendication d'un *droit à l'enfant*²⁰⁶⁷, « *désir égoïste* »²⁰⁶⁸ qui réifie l'enfant, le transforme « *en produit, en objet de confort, de satisfaction pour les parents* »²⁰⁶⁹. En réalité, la nuance est purement discursive : l'utilisation de l'expression *droit à l'enfant* sert de moyen rhétorique pour disqualifier certaines demandes d'AMP²⁰⁷⁰, pour « *décrédibiliser les adversaires [en sous-entendant] qu'ils veulent faire de l'enfant une chose* »²⁰⁷¹. Cette nuance indique malgré tout très clairement que l'AMP n'est nullement pensée comme une nouvelle façon de fonder une famille. La négation d'un droit à l'enfant n'est possible que parce que l'AMP n'est pas pensée comme un droit. En effet, il n'est possible d'éviter les écueils que posent les limitations de l'accès à

²⁰⁶³ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Élisabeth Hubert, p. 5801.

²⁰⁶⁴ AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Bernard Kouchner, p. 5730.

²⁰⁶⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Jacques Larché, p. 113. Voir aussi, dans la doctrine juridique, il existe également tout un discours critique quant à l'existence d'un « droit à l'enfant », voir notamment, BAUDOUIN J.L., LABRUSSE-RIOU, C., *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, op. cit., p. 136 : « Du désir d'enfant, on glisse vers le droit à l'enfant »; HAOUIA N., « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit de l'enfant », *LPA*, 11 octobre 2013, n° 204, p. 7; MURAT P., « Procréation assistée et droits de l'enfant », *RDSJ* 1991, p. 387; MEULDERS-KLEIN M.T., « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTDcin.*, 1987, p. 645.

²⁰⁶⁶ Voir notamment, BESNIER J.M., « La bioéthique et ses enjeux. Éthique et argumentation », *MOTS*, n° 44, septembre 1995, p. 110-122; BAUDOUIN J.L., LABRUSSE-RIOU, C. *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, op. cit., p. 136; MURAT P., « Procréation assistée et « droit de l'enfant » », *RDSJ*, 1991, p. 387; LANSAC J., GUERIF F., *AMP. L'assistance médicale à la procréation en pratique*, Issy-les-Moulineaux, Masson, 2005, p. 319. Contra : PULMAN B., *Mille et une façons de faire les enfants, la révolution des méthodes de procréation*, op. cit., p. 295.

²⁰⁶⁷ AN, 19 novembre 1992, Bernard Kouchner, p. 5730 : « Mais le désir d'enfant n'est pas le droit à l'enfant »; Sénat, 13 janvier 1994, Jacques Larché, p. 113 : « Il n'existe pas - nous devons le dire - un droit absolu à l'enfant. Mais quoi de plus légitime que le désir d'enfant ? ».

²⁰⁶⁸ Sénat, 13 janvier 1994, Jacques Larché, p. 113.

²⁰⁶⁹ Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Christian Taittinger, p. 148.

²⁰⁷⁰ ROMAN D., « L'AMP, nouveau droit de l'homme ? », op. cit., p. 810.

²⁰⁷¹ PICHARD M., *Le droit à - étude de législation française*, Paris, Economica, 2006, p. 141.

l'AMP en termes de discriminations, qu'en raison de sa construction en tant que soin²⁰⁷². C'est l'approche médicale qui permet de ne pas penser la question en termes d'égalité²⁰⁷³ : le refus d'accès n'est pas perçu comme une discrimination mais comme une différence de traitement justifiée par l'existence d'une stérilité pathologique²⁰⁷⁴. Par ailleurs, il n'existe aucun recours possible contre la décision de refus du médecin de pratiquer une l'AMP. Difficile, dès lors, d'appréhender l'accès à l'AMP comme un *droit à*.

691. Ainsi, même si l'individu dispose d'une liberté procréative (au sens où l'État français le laisse procréer comme il le souhaite, dès lors que cela ne porte pas atteinte à autrui ou à l'ordre public)²⁰⁷⁵, il n'existe pas de *droit à* la procréation médicalement assistée, entendu comme une possibilité pour chacun d'obtenir l'aide d'un tiers - en l'occurrence d'un médecin - pour pouvoir enfanter. « *Qu'il n'y a pas de droit à la PMA* » est d'ailleurs affirmé par les parlementaires lors des débats parlementaires de 2013²⁰⁷⁶. Il en va de même en Allemagne.

2. Le cadre allemand

692. En Allemagne, ce n'est pas la consécration d'une *liberté individuelle* qui légitime l'AMP et les éventuelles atteintes à la vie anténatale *in vitro* qu'elle implique.

693. Tout d'abord, l'accès à l'AMP n'est aucunement garanti puisqu'il est soumis à la pleine discrétion du corps médical. En fonction des Länder, l'accès d'un couple de femmes à l'AMP peut, par exemple, être officiellement permis par l'ordre des médecins, comme à Hambourg, ou au contraire soumis à la décision individuelle et discrétionnaire du médecin, comme en Saxe-Anhalt ou en Rhénanie-Palatinat ; un couple relativement âgé pourra être admis par un médecin tandis qu'un couple au chômage pourra être refusé par un autre. Dans tous les cas, le refus d'accès ne peut *a priori* pas faire l'objet d'une contestation puisqu'aucun texte ne pose de conditions claires et contraignantes.

²⁰⁷² Voir, par exemple, GALLOUX J.C., GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels mars 2015-février 2016 », *op. cit.*, p. 752 : « L'importance du critère de la finalité thérapeutique en droit biomédical, seul rempart à la conversion de tous les désirs individuels en droits subjectifs ».

²⁰⁷³ BIOY X., « Débat relatif à l'assistance médicale à la procréation et principes constitutionnels », *Constitutions*, 2010, p. 430 : « Le CCNE estime qu'il faut se garder d'accréditer l'idée que toute injustice, y compris physique, met en cause l'égalité devant la loi ».

²⁰⁷⁴ Voir en ce sens, CE, 28 septembre 2018, n° 421899. Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²⁰⁷⁵ C'est ce qu'avait, dans un premier temps, considéré le juge à propos de la gestation pour autrui. Voir CA Paris, 1ère chambre, 15 juin 1990 ; note Edelman et Labrusse-Riou, *JCP*, 1991, II, p. 21653 ; note Boulanger, *Dalloz*, 1990, Jur. 540 : « En tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelle de ceux qui y souscrivent », doit être considérée comme licite « dès lors qu'il n'est pas démontré que, plus que d'autres modes de procréation artificielle ou même de filiation de substitution largement pratiqués ou organisés, elle serait de nature à constituer un danger social, spécialement pour l'enfant ou encore qu'elle entraverait le libre exercice de leurs droits naturels par les autres membres de la société », cité par ROMAN D., « À corps défendant », *Dalloz*, 2007, p. 1284.

²⁰⁷⁶ Voir notamment AN, 29 janvier 2013, Jean Christophe Fromantin, pp. 344, 628, 581.

694. Ensuite, à considérer qu'un tel droit existe, il ne pourrait concerner que les pratiques autologues d'AMP, c'est-à-dire les pratiques réalisées avec les gamètes des deux membres du couple. En effet, les pratiques hétérologues sont soit interdites (à l'instar de la GPA ou du don d'ovocyte), soit non remboursées par la Sécurité sociale (à l'instar de l'IAD avec don de sperme)²⁰⁷⁷. L'État ne pose certes aucune condition légale d'accès : en principe *tous* les individus peuvent demander à accéder à une AMP, sous réserve de conditions supplémentaires fixées par les Länder. Mais il considère certaines demandes plus légitimes que d'autres puisqu'il ne prend pas en charge toutes les pratiques d'AMP. Seules les pratiques autologues²⁰⁷⁸ sont remboursées par la Sécurité sociale²⁰⁷⁹. Dès lors, même à considérer qu'une liberté procréative positive soit consacrée, sa mise en œuvre est *orientée* par le jeu des dispositions relatives au remboursement.

695. Comme en France, l'accès à l'AMP en Allemagne, n'est pas pensé comme la manifestation d'un choix procréatif²⁰⁸⁰. En effet, si l'AMP est certes articulée autour du respect des droits fondamentaux, ce n'est pas le droit au libre épanouissement de la personnalité qui est inscrit au cœur des logiques profondes du mécanisme mais davantage une conception objective de la vie et de la dignité. En tout état de cause, « *dans la littérature juridique en lien avec les nouvelles technologies reproductives, c'est la question de la dignité humaine de l'embryon ou de l'enfant à naître qui s'est surtout trouvée au cœur des discussions. Les droits fondamentaux des parents d'intention ne sont, soit pas pris en compte, soit seulement à la marge* »²⁰⁸¹. Lorsque la question est abordée sous un angle libéral, cette approche tend non pas à garantir aux individus le cadre adéquat à la réalisation d'un choix pleinement libre et autonome mais à orienter leur comportement par des processus de *responsabilisation*.

II. AMP et responsabilité

696. Au-delà du cadre juridique strict mis en place, à des degrés différents en France et en Allemagne, il est possible d'observer que, dans les espaces où le droit a effectivement accordé aux individus la possibilité de faire des choix procréatifs positifs, ce n'est pas une pleine et entière autonomie décisionnelle qui tend à être garantie. En effet, les comportements procréatifs sont

²⁰⁷⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

²⁰⁷⁸ À l'origine, seules les couples mariés pouvaient se voir remboursés une FIV mais depuis le 7 janvier 2016, le ministère de la Famille prévoit aussi la prise en charge des couples hétérosexuels non mariés dès lors qu'ils ont leur résidence habituelle dans un des Länder qui participent au programme (Bundesförderrichtlinie, disponible sur <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/unterstuetzung-bei-kinderwunschbehandlungen-auch-fuer-unverheiratete-paare/76008>).

²⁰⁷⁹ §27a SGB V. Voir aussi BaAk, *Richtlinie über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*, *op. cit.*, p. 2. Le système privé, quant à lui, en se fondant, comme en France, sur une approche thérapeutique de la stérilité, ne prend pas en charge les PMA des couples de personnes de même sexe ou des femmes célibataires, à moins que ces individus ne s'avèrent être également stériles. Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²⁰⁸⁰ BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Engelhard, p. 4298 : « *La fécondation artificielle n'est pas un instrument de planification familiale* ».

²⁰⁸¹ KNOOP S., *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, *op. cit.*, p. 117.

orientés, de manière diffuse et latente, par des techniques de responsabilisation, en France (A) et en Allemagne (B).

A. En France

697. Plusieurs éléments permettent d'observer que, même si les parlementaires souhaitent aider les couples à s'épanouir, ils n'entendent pas les aider à procéder à un choix *autonome*.

698. Tout d'abord, ils n'entendent pas affranchir les individus de leur devoir social de procréer, toujours considéré comme naturel. D'ailleurs, la raison pour laquelle le législateur souhaite aider ces couples stériles à *procréer* - et non, par exemple, à adopter²⁰⁸² - semble toutefois assez peu développée. Le peu de justifications à cet égard suggère que le souhait d'avoir un enfant auquel on est génétiquement lié relève de l'évidence. Ainsi, « *nul ne saurait regretter que la médecine ait trouvé, grâce à ce qu'il est convenu d'appeler la PMA, la réponse adéquate aux problèmes de stérilité empêchant certains couples d'avoir une descendance* »²⁰⁸³ car « *le législateur ne saurait faire obstacle à cette aspiration légitime entre toutes, lorsque sa réalisation devient possible* »²⁰⁸⁴. La nécessité de se reproduire n'est pas remise en question, elle relève de l'évidence.

699. Ensuite, les arguments relatifs à l'épanouissement personnel entendent également assurer le *bien-être* des individus, en cherchant à *remédier* à leur souffrance²⁰⁸⁵. Il y a donc là une volonté de protéger leur santé, appréhendée au sens large (psychique, mentale ou psychologique). Ainsi, la rhétorique libérale ne s'oppose pas à une approche avant tout sanitaire ou médicale qui, comme on va le voir, se trouve au cœur de l'encadrement juridique de la médecine reproductive.

700. Enfin, il est possible d'observer qu'une rhétorique de la *responsabilisation* accompagne de nouveau l'argumentaire libéral.

²⁰⁸² Contra : certains défendent quand même le modèle de l'adoption. Sénat, 13 janvier 1994, Pierre Laffitte, p. 109 ; Sénat, 14 janvier 1994, Jean Delaneau, p. 291 ; Sénat, 14 janvier 1994, Claude Huriet, p. 292 : « *C'est la raison pour laquelle j'avais moi-même souhaité privilégier l'adoption, voire en faire la seule réponse à l'attente des couples en mal d'enfants [...]* » ; Sénat, 14 janvier 1994, Marcel Lucotte, p. 331 : « *L'adoption est la solution la plus humaine* » ; Sénat, 14 janvier 1994, Alain Vasselle, p. 337.

²⁰⁸³ Voir aussi, Sénat, 13 janvier 1992, Jacques Larché, p. 113.

²⁰⁸⁴ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 93. Voir aussi, AN, 20 novembre 1992, Nicole Catala, p. 5820 : « *Aspiration légitime et profonde d'un être humain qui souhaite aimer et se perpétuer à travers un autre être [...]* » ; Sénat, 19 janvier 1994 Claude Huriet, p. 292 : « *Mais au-delà, de l'attitude maternelle, qui est l'essence même de la femme, l'homme qui accepte en toute connaissance de cause, l'insémination artificielle avec tiers donneur n'accomplit-il pas également un acte d'amour, voire d'abnégation qui peut être l'un des aspects suprêmes de l'amour ?* ».

²⁰⁸⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1). Voir récemment, CNOM, *Extension de l'AMP*, 20 septembre 2018 : « *Répondre à une demande d'AMP, c'est répondre à la souffrance d'une personne. Cette souffrance, le médecin doit l'entendre au même titre que les autres, avec empathie et disponibilité. N'est-il pas du devoir du médecin, en dehors de tout prosélytisme, d'apaiser les souffrances physiques et psychiques et d'accompagner la personne dans la réflexion à mener au sujet de sa demande ?* ».

701. En premier lieu, les débats parlementaires sont fortement structurés autour d'une telle rhétorique. Les parlementaires considèrent qu'en matière d'AMP, le législateur²⁰⁸⁶ qui régleme la question ; le médecin qui la régle au quotidien²⁰⁸⁷ et le couple doivent se montrer responsables. On peut ainsi entendre lors des débats que « nous aurons aussi à mieux définir les responsabilités du couple à l'égard des embryons conçus in vitro »²⁰⁸⁸ ou encore, dans le cas de l'insémination *post mortem*, que « la seule responsabilité [est celle] du conjoint survivant »²⁰⁸⁹. Certains sénateurs insistent sur la nécessité de « souligner la responsabilité des parents vis-à-vis de l'enfant né à l'aide de PMA [...] »²⁰⁹⁰ et « responsabiliser les couples qui souhaitent avoir recours aux techniques d'AMP [...] »²⁰⁹¹. Simone VEIL souligne elle aussi « l'importance des responsabilités du couple »²⁰⁹². Ainsi, une nouvelle possibilité procréative est concédée aux couples à condition qu'ils s'en montrent dignes et qu'ils agissent de manière responsable : « Qui dit responsabilité, dit liberté de l'exercer »²⁰⁹³.

702. En second lieu, on observe que le droit positif français ne cherche pas - les conditions d'accès mises à part - à imposer, de manière autoritaire, tel ou tel comportement mais de mettre en œuvre, par la *discussion*, des techniques de *subjectivation* qui permettront éventuellement à l'individu de comprendre l'illégitimité de sa demande. D'ailleurs, il convient de noter que les patients ne font que très rarement l'objet d'un rejet explicite, radical ou autoritaire²⁰⁹⁴ de leur demande. Ils se voient souvent expliquer que leur demande nécessite « un temps de réflexion supplémentaire ». En ce sens, l'article L2141-10 CSP dispose que « l'AMP ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinico-biologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître ». Le Code de santé publique ne prévoit toutefois aucune procédure de refus express. Certaines études sociologiques révèlent que les médecins espèrent, grâce aux entretiens, que les patients comprennent par eux-mêmes qu'ils ne sont pas prêts à

²⁰⁸⁶ CHARLES B., CLAEYS A., *Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ?*, n° 3208, Tome I, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, 2002, p. 15 ; Sénat, 13 janvier 1994, Douste Blasy, p. 99.

²⁰⁸⁷ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 94. Voir aussi, sur cette question, MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, pp. 121, 134, p. 137.

²⁰⁸⁸ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 94. Voir aussi, ultérieurement, THERY I., LEROYER A. M., *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport pour le ministère des Affaires sociales et de la Santé, 2014.

²⁰⁸⁹ AN, séance 3 du 24 novembre 1992, Gilbert Millet, p. 5976 (à propos de l'insémination *post mortem*).

²⁰⁹⁰ Sénat, 13 janvier 1994, Jacqueline Fraysse Cazalis, p. 124.

²⁰⁹¹ Sénat, 13 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 103.

²⁰⁹² Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 94.

²⁰⁹³ AN, séance 3 du 24 novembre 1992, Gilbert Millet, p. 5976.

²⁰⁹⁴ *Ibid.*, p.158.

devenir parents²⁰⁹⁵. L'absence de procédure de refus express manifeste, en creux, la mise en œuvre d'un processus de *responsabilisation*.

703. En troisième lieu, les dispositions relatives aux limites au remboursement des actes d'AMP illustrent également cette idée. Ainsi, en limitant le remboursement des actes AMP à quatre FIV et aux 43 ans de la femme, le droit français n'encourage pas l'individu dans ses excès. Au-delà des considérations économiques qui expliquent cette limitation, cela tend à encourager l'individu à être raisonnable : il doit accepter l'échec et ses propres limites.

704. En dernier lieu, les délais de réflexions imposés par les textes, en matière d'AMP, tout comme en matière d'avortement mettent en lumière cette technique de *responsabilisation*²⁰⁹⁶. En effet, lors des débats, des parlementaires considèrent, par exemple, qu'il faut « *privilégier la responsabilisation des parents potentiels en adoptant un amendement qui institue un délai de réflexion* »²⁰⁹⁷.

705. Ainsi, cette *responsabilisation* est une technique de *subjectivation*²⁰⁹⁸ rendue possible par la *médicalisation*. Elle incite les individus à l'autocontrôle. Ces derniers doivent, en amont, non seulement formuler des demandes responsables mais également se montrer, en aval, capables de procéder à une « *surveillance [d'eux-mêmes]* »²⁰⁹⁹ lors des différentes étapes - longues et complexes - d'une procédure d'AMP. Les contrôles *procéduraux* sont pensés comme la clé de voûte du système : la discussion et le respect des étapes prévues par le parcours d'AMP sont des éléments plus importants que le contenu des entretiens eux-mêmes. L'État procède ici par le biais d'une biopolitique déléguée au corps médical et aux individus. Cette délégation « *rend effective la puissance publique sur le mode d'un gouvernement dans l'État qui agit à distance tout en responsabilisant les destinataires de ses actions* »²¹⁰⁰ car « *il a toujours préféré la responsabilisation à la réglementation, situant avant tout l'éthique dans la prise de conscience et l'autocontrôle d'amont* »²¹⁰¹. À la sanction pénale se substitue, comme en matière de contraception et d'avortement, un mécanisme de *responsabilisation*²¹⁰². De nouveau, c'est

²⁰⁹⁵ Voir notamment, TAIN L., « Refus des médecins, abandons des couples : quel contrôle pour la pratique de procréation assistée ? », *Sciences sociales et santé*, Vol. 23, n° 3, septembre 2005, particulièrement le tableau p. 8.

²⁰⁹⁶ MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *op. cit.* ; MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole, op. cit.*, p. 44.

²⁰⁹⁷ AN, séance 1, 19 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5724.

²⁰⁹⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

²⁰⁹⁹ Voir sur cette question MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole, op. cit.*, p. 136 et suivantes.

²¹⁰⁰ ROLLAND C., SICOT F., « Les recommandations de bonne pratique en santé, du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *op. cit.*, p. 61.

²¹⁰¹ HOTTOIS G., MISSA J. N., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique - Médecine, Environnement, Biotechnologie*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 199.

²¹⁰² Voir notamment, Sénat, 23 juin 1994, Franck Sérusclat, p. 2865 : « *Cette propension à l'interdit, qui néglige la capacité de responsabilité des individus, est une habitude dans certaines conceptions morales : on interdit au lieu d'apprendre à être responsable* ».

davantage une conception biopolitique de la gestion des comportements procréatifs - assez éloigné de la consécration d'un droit à l'autonomie procréative - qui sous-tend la rhétorique libérale²¹⁰³.

B. En Allemagne

706. En Allemagne, si *liberté* il y a, celle-ci est également orientée par des processus de *responsabilisation*. Ainsi, lors des débats parlementaires préalables à la loi sur la protection de l'embryon de 1990, il est affirmé que « *comme toujours lorsque les libéraux s'affrontent sur des questions sociétales, la tension qui existe entre "liberté" et "responsabilité" et le conflit qui oppose la réalisation des intérêts légitimes de l'individu avec les exigences de la société envers l'État sont nécessairement mis en lumière* »²¹⁰⁴. Les parlementaires se demandent sur « *quelle notion de liberté et [sur] quelle compréhension de la liberté nous nous reposons, si ce n'est pas "la responsabilité de l'individu" qui est le fondement de tous nos efforts [...]. Il faut, dès lors, inscrire la liberté dans la responsabilité, et en même poser quelques règles pénales, car nous devons d'abord énoncer des normes claires afin d'orienter les hommes* »²¹⁰⁵. La responsabilité est ainsi pensée comme une contrepartie à la liberté nouvellement accordée aux individus. De manière générale, les textes juridiques et notamment les directives médicales insistent fortement sur l'idée de responsabilité du médecin²¹⁰⁶ - vis-à-vis de la vie anténatale biologique qu'il manipule et de l'enfant qu'il s'apprête à mettre au monde - ainsi que sur celle du couple. La directive de la Chambre fédérale des médecins indique, par exemple, que « *le patient/le couple doivent être mis en situation, de prendre une décision responsable* »²¹⁰⁷ ou encore que l'entretien se fonde sur un « *principe de responsabilité individuelle* »²¹⁰⁸. En droit positif, on observe, comme en droit français, que le remboursement est fortement limité, le droit incitant par ce biais les couples à limiter les demandes qui pourraient être considérées comme irresponsables ou illégitimes. L'insistance sur la notion de responsabilité montre que, comme en France, l'ordre permet la mise en œuvre de techniques de subjectivation, structurées autour de la responsabilisation et de l'autocontrôle. L'encadrement n'est ainsi pas seulement fondé sur des techniques de pouvoir, tel que la contrainte juridique, mais entend également faire comprendre aux individus les injonctions sociales qui pèsent sur eux.

²¹⁰³ Sur cet exemple, voir notamment, MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole*, op. cit., p. 51.

²¹⁰⁴ BT, 113^{ème} séance, 1^{er} décembre 1988, Frau Würfel, p. 8209.

²¹⁰⁵ BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Süßmuth, p. 4302.

²¹⁰⁶ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1392. Voir aussi, ESER A., « Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht - zum problematik "ärztlichen Ermessen" », *Sonderdruck aus dem Ärzteblatt Baden-Württemberg*, Heft Xxx.

²¹⁰⁷ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1393.

²¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1397. Pour le médecin, voir aussi, *ibid.*, p. 1393 : « Dès lors que la mise en œuvre d'une AMP conditionne la réalisation du désir d'enfant, le médecin est particulièrement porte une responsabilité particulière vis-à-vis de de l'enfant à naître par le biais de ces techniques d'assistance médicale ».

707. Ainsi, même si la loi de 1990 n'encadre pas dans le détail l'AMP - ne précisant, ni les conditions d'accès, ni la procédure à suivre -, son régime juridique est étayé par des procédures de *responsabilisation* qui tendent à *influencer* ou *orienter* les comportements procréatifs. Une conception biopolitique de la gestion des corps, fondée sur des techniques *horizontales* de gestion sociale des comportements et non les mécanismes traditionnels de la *sanction*, sous-tend donc la construction du droit de l'AMP, tant en France qu'en Allemagne. Au cœur de ce modèle biopolitique se trouve, dans les deux pays, comme l'analyse cherchera maintenant à le montrer, une autre technique biopolitique de la gestion des corps : la *médicalisation*. Son dévoilement indique alors que ce n'est pas l'autonomie procréative qui légitime et justifie, à titre principal, la libéralisation de l'AMP et l'éventuelle destruction des embryons surnuméraires *in vitro*.

Sous-section 2. L'autonomie procréative positive enserrée dans un cadre médical

708. En France comme en Allemagne, ce n'est pas l'autonomie procréative positive qui explique les lacunes juridiques laissées dans la protection de *zoe* mais le déploiement du paradigme de la *médicalisation*, en France (I) et en Allemagne (II).

I. La médicalisation, paradigme central de la légalisation de l'AMP en France

709. En France, le droit de l'AMP s'est construit autour d'une appréhension de la stérilité comme une maladie (A) et par conséquent de l'AMP comme un soin. De ce fait, l'encadrement juridique de l'AMP a opéré au moyen d'une forme de délégation, au corps médical, de la biopolitique. Plusieurs auteurs décrivent ainsi la juridicisation des questions de bioéthique en général et des questions procréatives en particulier comme procédant d'une forme de *biopolitique déléguée* qui voit le corps médical assurer la direction des comportements procréatifs²¹⁰⁹. Celle-ci passe notamment par des formes de surveillance des pratiques reproductives en matière d'AMP qui légitiment les pratiques susceptibles de porter atteinte à la vie *in vitro* (B).

A. La stérilité : une maladie

710. La médicalisation de l'AMP - facteur clé de sa légitimation - réside principalement dans la reconnaissance de la stérilité comme une pathologie.

711. En ce sens, lors des débats des années 1990, nombre de parlementaires insistent sur cette idée, considérant que l'AMP tend à

²¹⁰⁹ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, op. cit.

« remédier à une stérilité pathologique ou éviter la transmission d'une maladie grave ou incurable »²¹¹⁰, que, dès lors, « le caractère pathologique doit figurer dans la loi »²¹¹¹ car « l'indication doit être strictement médicale - la PMA est une thérapeutique »²¹¹². Ainsi, est-il considéré que « la PMA doit avoir un objet exclusivement médical »²¹¹³; ou que son « objet exclusif est de remédier à la stérilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou d'éviter la transmission à l'enfant [...] [et qu'] il est d'une importance cruciale que l'AMP continue de répondre à une indication strictement médicale »²¹¹⁴.

712. Cette pathologisation persiste toujours aujourd'hui. En 2013, certains parlementaires affirment ainsi que « la PMA est un acte médical qui vient compenser un problème de stérilité [...] »²¹¹⁵. Par ailleurs, dès 1993, le juge déclare également que l'AMP « prévoit et organise un acte de thérapie d'une stérilité »²¹¹⁶. Le Code de santé publique indique, de plus, que l'AMP a pour objet de « remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »²¹¹⁷. L'accès à l'AMP n'est ainsi possible que si le couple est considéré comme souffrant d'une infertilité pathologique, c'est-à-dire d'une maladie. Le caractère pathologique de la stérilité se trouve ainsi au centre du droit positif français²¹¹⁸ : il est notamment l'une des conditions principales d'accès à l'AMP²¹¹⁹.

²¹¹⁰ AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Bernard Kouchner, p. 5730.

²¹¹¹ AN, séance 3 du 24 novembre 1992, Bernard Kouchner, p. 5973.

²¹¹² AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Bernard Bloulac, p. 5720.

²¹¹³ AN, séance 1 du 20 novembre 1992, Jean Yves Le Déaut, p. 5797.

²¹¹⁴ Sénat, 13 janvier 1994, Douste Blazy, p. 99.

²¹¹⁵ Voir notamment AN, 29 janvier 2013, Jean Christophe Fromantin, pp. 344, 628, 581. Voir aussi, AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Denise Cacheux, p. 5822 : « Les PMA sont donc légalisées mais réservées au traitement de la stérilité pour des couples en âge de procréer et ayant un projet parental : pas de PMA pour convenance personnelle »; AN, séance 3 du 24 novembre 1992, Jacques Toubon : « Nous avons voulu [...] qu'il y ait un couple et une indication médicale de stérilité, afin que, par définition, la PMA ne puisse s'adresser à des personnes seules, à des couples homosexuels etc. Cela répond à notre désir de ne pas faire naître des enfants orphelins. Nous voulons des enfants avec des parents »; AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5724 : « Que pour stérilité médicalement constatée [...]. Notre choix traduit, je crois, le point d'accord auquel peut aboutir à notre société en l'état de science »; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Gérard Léonard p. 5817 : « L'affirmation du caractère exclusivement médical de la PMA, l'exigence que la demande émane d'un couple en âge de procréer, l'exclusion des PMA post mortem, et enfin l'agrément des praticiens, constituent des garanties élémentaires »; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Denise Cacheux, p. 5821 : « Pas de PMA pour convenance personnelle », AN, 24 novembre 1992, séance 3, Christine Boutin p. 5973 : « Pour but unique de permettre la procréation au sein d'un couple stérile et ne peut pas avoir d'autre justification »; Sénat, 13 janvier 1992, Charles Descours, p. 122 : « Il s'agit dans l'AMP de réparer un désordre pathologique »; Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Christian Taittinger, p. 148 : « Le désir, si fort soit-il d'avoir un enfant, que certains appellent "le droit à l'enfant" n'a, je vous le rappelle mes chers collègues, aucun fondement dans notre système juridique ». Ce discours reste encore le même aujourd'hui, voir notamment AN, 29 janvier 2013, Jean Christophe Fromantin, pp. 344, 628, 581 : « Qu'il n'y a pas de droit à la PMA. La PMA est un acte médical qui vient compenser un problème de stérilité au sein d'un couple hétérosexuel ».

²¹¹⁶ TGI Rennes, 30 juin 1993, JCP 1993, II, 22250.

²¹¹⁷ Article L2141-2 CSP.

²¹¹⁸ Voir également, BIOY X., « La loi et la bioéthique », RFD, 2013, p. 970; BRUNET L., « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance », RDSS, 2012, p. 828.

²¹¹⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

713. Même si cette pathologisation peut, à certains égards, être critiquée²¹²⁰, c'est de penser l'AMP comme un soin et de l'inscrire dans une problématique de santé publique qui permet sa libéralisation et les éventuelles atteintes à la vie anténatale *in vitro*²¹²¹.

B. L'AMP : un soin

714. Si la stérilité est appréhendée comme une pathologie, alors il s'ensuit que l'AMP est un soin. Le droit de l'AMP se structure d'ailleurs autour d'une *médicalisation* de la question qui implique que soit accordé au médecin un rôle absolument central (1). La *surveillance médicale* des pratiques individuelles d'AMP est en ce sens paradigmatique d'un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs (2).

1. Le cadre de santé publique

715. Au-delà de la pathologisation de la stérilité, la *médicalisation* de l'AMP en France manifeste son ancrage dans le champ de la santé publique en étant appréhendée à la fois comme un problème *médical* et comme un problème *collectif*, comme l'indiquent tant les débats parlementaires préalables à la loi de 1994 (a) que le droit positif actuel (b).

a. L'objectif de santé publique de l'AMP dans les discours sur l'AMP

716. L'AMP n'est pas seulement pensée en France comme une aide à la réalisation de désirs *individuels* mais est également sous-tendue par des considérations *collectives* en lien avec la protection de la sécurité sanitaire et de la santé publique. En ce sens, Simone VEIL, ministre des Affaires sociales, de la Santé et de la Ville énonce en 1994 que la loi doit « *en premier lieu [...] imposer le respect des principes fondamentaux touchant à la personne humaine [...]. En second lieu, elle doit garantir la sécurité sanitaire* »²¹²². Christine BOUTIN s'insurge *a contrario* que la « *procréation, fût-elle médicalement assistée [soit] [...] maintenant du ressort de la santé publique* »²¹²³.

717. Qui plus est, l'intervention législative en 1994 entend protéger la société tout entière contre d'éventuelles dérives du pouvoir scientifique. Ainsi, en 1994, les députés mentionnent la nécessité

²¹²⁰ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²¹²¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., *Le droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 55.

²¹²² Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 93 ; voir également AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Nicole Catala (citant le Conseil d'État), p. 5820 : « *Vous avez estimé que l'arbitrage de la loi devenait dès lors que le problème était de composer entre les principes et les valeurs de notre patrimoine commun, respect de la personne, protection de la famille, liberté individuelle et sauvegarde de la santé publique* ».

²¹²³ AN, séance 2 du 19 novembre 1992, Christine Boutin, p. 5739.

de légiférer sur l'AMP afin d'assurer « l'avenir souhaitable de la société »²¹²⁴, considérant que si le législateur intervient « c'est un peu aussi au nom de l'humanité, tant sont déterminants les enjeux de ces textes et grande leur portée pour l'espèce humaine »²¹²⁵, ou encore qu'il importe d'autoriser ces pratiques car « faute d'être maîtrisé [l'AMP] pourrait faire courir [des risques] à la personne humaine, à la famille et à la société toute entière »²¹²⁶. Les parlementaires veulent ainsi lutter contre « des dérives terribles pour le devenir de l'humanité »²¹²⁷. Ainsi, comme le rapporte Noëlle LENOIR, auteure d'un des grands rapports qui précède à l'élaboration des lois bioéthiques, « les conséquences des découvertes scientifiques, leurs applications médicales, autrement dit l'avenir virtuel de la société est du ressort de la société toute entière »²¹²⁸. D'autres parlementaires énoncent que « l'essentiel pour nous est d'être sûr que l'usage de ces nouveaux progrès ne transgressera pas les grands principes fondamentaux qu'implique le respect de la personne humaine, de toute personne humaine, dans la mesure où chacune d'elle a un caractère sacré et est une parcelle d'humanisation entière »²¹²⁹. Les parlementaires entendent ainsi poser des limites au possible technique²¹³⁰ ; et ce afin de lutter contre les risques d'instrumentalisation de l'embryon et du corps humain²¹³¹, contre les risques médicaux qu'impliquent de telles procédures pour les femmes et potentiellement pour les enfants à naître²¹³², contre ses risques eugéniques²¹³³, et contre une détérioration génétique potentiellement nuisible à la survie de l'espèce²¹³⁴.

²¹²⁴ Sénat, 13 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 102.

²¹²⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 155.

²¹²⁶ Sénat, 23 juin 1994, Simone Veil, p. 306.

²¹²⁷ Voir notamment Sénat, 13 janvier 1994, Claude Huriet, p. 129.

²¹²⁸ LENOIR N., « Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française », *op. cit.*, p. 15.

²¹²⁹ AN, séance 3 du 25 novembre 1992, Jacques Barnot, p. 6054. Dans le même sens, Sénat, 13 janvier 1994, Jacques Hebert : « La science n'est plus seulement en mesure de réparer nos corps. Elle peut maintenant les modifier et même participer à la procréation. Les données ayant changé, il faut donc renforcer les protections. Dans ce domaine, en ce moment, la liberté, cette notion que la France a inscrite sur tous les frontons, peut devenir une menace si nous n'y prenons garde » ; Sénat, 13 janvier 1994, Claude Huriet, p. 129 : « Je me demande si le ciel couvert d'étoiles n'est pas un cimetière infini d'humanités anéanties. Et je me demande si le grand danger auquel, au 21^{ème} siècle, nous allons nous trouver confrontés n'est pas celui d'un anéantissement de l'homme par l'homme, d'un échec dû non pas à la science, mais à l'excès de science » ; Sénat, 13 janvier 1992, Franck Sérusclat, p. 132 : « Glissement inquiétant ».

²¹³⁰ Voir en ce sens, GAUMONT-PRAT H., « L'évolution de l'assistance à médicale à la procréation, liberté ou dépendance », in MUZNY P., *La liberté de la personne sur son corps*, Actes du colloque « biomédecine et droit », Dalloz, 2010, p. 66.

²¹³¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²¹³² CCNE, Avis n° 42, *L'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation*, 30 mars 1994 : « La fécondation d'un ovocyte avec des spermatozoïdes ou des spermatozoïdes immatures s'apparente à de l'expérimentation humaine. Les résultats sont aléatoires et non évalués, le devenir de l'embryon et de l'enfant est totalement imprévisible ». Dans les débats : AN, séance 1 du 25 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 6003 ; Sénat, 13 janvier 1994, Charles Descours, p. 122 : « Le don d'ovocyte est une épreuve car le prélèvement est pour la femme une épreuve physiologique et physique, nécessitant une hospitalisation et une anesthésie générale, au contraire de la procréation naturelle qui, elle, je vous le rappelle, se fait dans le plaisir » ; Sénat, 13 janvier 1992, Franck Sérusclat, p. 132 : « Se méfier de la symétrie qui a été faite entre don de sperme et don d'ovocyte » ;

²¹³³ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5783 : « Mais nous voici dans un processus de sélection qui, quelque part, appelle la notion d'eugénisme » ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5818 : « Il est vrai que l'eugénisme constitue un danger inacceptable contre lequel nous devons protéger de la façon la plus claire l'espèce humaine » ; Sénat, 13 janvier 1994, Pierre Laffite, p. 109 ; Sénat, 13 janvier 1994, Jean Pierre Foucade, p. 111 : « Il faut absolument éviter le dérapage vers l'eugénisme » ; Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 115 : « L'eugénisme n'est-il pas inscrit au cœur même de la FIV ? » ; Sénat, 13 janvier 1994, Claude Huriet, p. 130 ; Sénat, 14 janvier 1994, Douste Blazy, p. 157 ; AN, séance 2 du 15 juin 1994, François Delga, p. 1600 : « Éviter les dérives eugéniques » ; Sénat, 13 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 102 : « Les dispositions du projet de loi ne sont pas assez

718. Ce sont donc des considérations médicales et sanitaires en lien avec la protection de la santé *individuelle* des femmes et des enfants à naître mais aussi en lien avec la protection *collective* de la société dans son ensemble qui expliquent et structurent l'encadrement juridique de l'AMP, articulé autour du paradigme de la *médicalisation*.

b. La santé publique et la construction juridique de l'AMP

719. Cinq séries d'observations peuvent être faites à propos de l'appréhension de l'AMP comme un problème de *santé publique* - c'est-à-dire à la fois comme un problème *médical* et *collectif* - en droit français.

720. En premier lieu, la loi précise que l'infertilité doit être médicalement constatée²¹³⁵. Elle indique ensuite que « *les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé* »²¹³⁶. La partie réglementaire du Code de santé publique précise subséquemment que

*« sont réputés être en mesure de prouver leur compétence pour exercer les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation [...] [le] médecin qualifié spécialiste en gynécologie-obstétrique, en gynécologie médicale, en urologie, en chirurgie générale ou en endocrinologie, diabète, maladies métaboliques ou qualifié compétent en gynécologie et obstétrique ou obstétrique ou en gynécologie médicale ou en endocrinologie selon le type d'activité exercée et dans les conditions précisées par arrêté du ministre chargé de la santé ; [qui possède] un diplôme d'études spécialisées complémentaires ou, à défaut, un droit d'exercice dans les spécialités permettant de réaliser les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation et dans les conditions fixées par ce même arrêté ; [et qui justifie] de conditions de durée et de nature d'expérience dans ces activités dans les conditions définies par ce même arrêté »*²¹³⁷.

721. Le médecin est le seul habilité par la loi à pratiquer une AMP²¹³⁸. D'ailleurs, l'insémination artisanale²¹³⁹, c'est-à-dire le fait de chercher à concevoir un enfant sans rapport sexuel et sans intervention médicale²¹⁴⁰, est interdite par l'article L1244-3 CSP qui dispose que « *l'insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et le mélange de spermatozoïdes sont interdits* »²¹⁴¹.

722. En deuxième lieu, l'encadrement juridique de l'AMP peut être analysé comme servant deux finalités sanitaires. La première est d'empêcher la propagation des maladies sexuellement

rigoureuses pour éviter tout risque de réification de l'embryon et toute dérive eugénique », Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Louvot, p. 144 : « *Dérives eugéniques* ».

²¹³⁴ Sénat, 14 janvier 1994, Simone Veil, p. 154 : « *protection des générations futures* ».

²¹³⁵ Article L2141-1 CSP.

²¹³⁶ Article L2142-1 CSP.

²¹³⁷ Article R2142-10 CSP.

²¹³⁸ DEMAY de GOUSTINE P., « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *RDSS*, 1996, p. 1.

²¹³⁹ Voir sur l'actualité de cette question, CA Versailles, 15 février 2018, n° 1705285 - LEROYER A.M., « Adoption plénière de l'enfant du conjoint à la suite d'une « procréation amicale » : que devient le père biologique ? » *RTDcin.*, 2018, p. 371.

²¹⁴⁰ Article L1244-3 CSP ; voir également GALLOUX J.C., GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels - mars 2015 à février 2016 », *op. cit.*, p. 752.

²¹⁴¹ *Ibid.*

transmissibles. En effet, autoriser l'AMP permet d'empêcher des individus stériles de procréer avec des inconnus pour éviter la transmission de ces maladies. La seconde est d'empêcher la propagation de certaines maladies héréditaires. En ce sens, dès 1994, l'AMP entend empêcher la transmission de la maladie grave à l'enfant. Depuis 2004, l'AMP permet également d'empêcher une telle transmission à l'autre membre du couple. Cette nouvelle indication poursuit très clairement une finalité de santé publique : éviter des contaminations et, partant, assurer la bonne santé de la population.

723. En troisième lieu, il faut observer que le décret de 2016 met en place un dispositif d'AMP vigilance²¹⁴² qui entend

« 1° surveiller de façon systématique tous les incidents et tous les effets indésirables ; 2° signaler sans délai les incidents graves et les effets indésirables inattendus au correspondant local ; 3° déclarer, sans délai à compter de leur signalement, les incidents graves et les effets indésirables inattendus à l'Agence de la biomédecine ; 4° Analyser, évaluer et exploiter ces informations en vue de limiter la probabilité de survenue de tout nouvel incident grave ou effet indésirable inattendu ou d'en diminuer la gravité ; 5° réaliser toute investigation ou étude portant sur les incidents graves et les effets indésirables inattendus »²¹⁴³.

724. L'arrêté du 30 juin 2017 sur les bonnes pratiques en matière d'AMP accorde également une grande importance à « *la sécurité sanitaire des pratiques* »²¹⁴⁴, prévoyant des dispositions relatives à la « *gestion des risques et des tests de sécurité sanitaire* »²¹⁴⁵ visant notamment à s'assurer « *de la non-contamination par le VIH, l'hépatite B, C ou la syphilis des membres du couple* »²¹⁴⁶.

725. En quatrième lieu, on peut noter que l'AMP est régie par le Code de *santé publique*. Il témoigne de la construction de l'AMP comme un problème sanitaire et collectif. Le Code réglemente cette question jusqu'au moindre détail. Le nombre de dispositions dédiées à l'AMP dans le Code de santé publique est impressionnant²¹⁴⁷ : les procédures d'AMP, la conservation des gamètes, les dispositifs de diagnostics, les établissements autorisés à intervenir, le délai d'instruction nécessaire à la demande d'autorisation d'une recherche biomédicale dans le cadre de l'AMP²¹⁴⁸, les informations devant être présentes dans le dossier constitué en cas d'accueil d'embryon à remettre au président du TGI²¹⁴⁹, l'information de la personne visée en cas d'incident lors de l'exportation

²¹⁴² Décret n° 2016-1622 du 29 novembre 2016.

²¹⁴³ Article R2142-40 CSP.

²¹⁴⁴ Arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

²¹⁴⁵ *Ibid.*

²¹⁴⁶ *Ibid.*

²¹⁴⁷ Il est possible de compter : 26 dispositions législatives dans le CSP sur l'AMP ; environ 15 dans la partie réglementaire sur le don de gamètes, environ 25 sur le DPN, 22 sur le DPI et il y a un titre entier sur l'AMP (soit environ 74 dispositions) et tout un titre sur les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro (soit environ 60 dispositions).

²¹⁴⁸ Article R1125-17 CSP.

²¹⁴⁹ Article R2141-7 CSP.

de gamètes²¹⁵⁰, le régime des inspections des établissements pratiquant l'AMP²¹⁵¹, la désignation d'un coordinateur au sein des équipes médicales clinico-biologiques pluridisciplinaires²¹⁵², le rôle de l'Agence de la biomédecine²¹⁵³, etc. Toutes les situations semblent prévues par les parties législative et réglementaire du Code de santé publique. La gestion de l'AMP relève ainsi de la *santé publique* en ce qu'elle participe à « l'organisation d'un système de soin »²¹⁵⁴. Le droit ne cherche ainsi pas seulement à limiter certaines pratiques ou à affirmer certains de ses principes directeurs, il cherche à *organiser* un véritable système de traitement de l'AMP²¹⁵⁵.

726. En cinquième et dernier lieu, le remboursement par la Sécurité sociale de cette technique²¹⁵⁶ en fait à nouveau une problématique à la fois médicale *et* collective. L'ancrage de l'AMP dans un cadre sanitaire est en effet renforcé par l'article L162-1-7 CSS qui inscrit l'AMP dans la liste des prestations prises en charge par la Sécurité sociale²¹⁵⁷. Cette prise en charge renforce, comme pour la contraception ou l'IVG, son ancrage médical. Ce remboursement insiste sur le caractère thérapeutique de la stérilité : « *Les techniques de PMA relèveraient [ainsi] de la sphère des soins de santé, non pas par leur finalité thérapeutique discutable mais bien par le critère du remboursement* »²¹⁵⁸. Dans la mesure où « *le régime français oppose un refus de prise en charge à ce qui pourrait être considéré socialement comme des pratiques de confort en refusant de les inclure dans le champ de l'assurance maladie* »²¹⁵⁹. Le remboursement signifie *a contrario* que toutes les pratiques incluses dans le champ de la Sécurité sociale ne sont pas des pratiques de confort mais bien de réelles maladies.

727. Ces différents éléments indiquent clairement que l'AMP est pensée comme un soin, travaillé par un paradigme de santé publique : elle est considérée comme une maladie dont le traitement s'inscrit dans un vaste parcours de soin. Chacune de ces étapes est réglementée par le Code de santé publique. Même si des dispositions pénales sanctionnent le non-respect de certaines

²¹⁵⁰ Article R2141-31 CSP.

²¹⁵¹ Article R2141-33 CSP.

²¹⁵² Article R2142-19 CSP.

²¹⁵³ Article R2142-42 CSP.

²¹⁵⁴ Définition de l'OMS de 1996 citée par LECORS P., PATURER J.B., *Santé publique - du biopouvoir à la démocratie*, Éditions de l'ENSP, 1999, p. 25.

²¹⁵⁵ CE, *Les lois bioéthiques : cinq ans après*, Paris, La documentation française, 1999, p. 9 : « *Les lois que l'on a communément regroupées sous le qualificatif de bioéthiques recourent [...] à la fois l'affirmation des principes généraux de la protection de la personne humaine [...] [mais aussi] les règles d'organisation de secteurs d'activités médicales en plein développement tels que ceux de l'assistance médicale à la procréation* ».

²¹⁵⁶ Sur ce point, ENGELI I., *Les politiques de la reproduction, les politiques d'avortement et de PMA*, *op. cit.*, p. 130 et suivantes.

²¹⁵⁷ Article L162-1-7 CSS ; prise en charge possible par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, après avis de la Haute autorité de santé et de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire ; voir la décision du 11 mars 2005 de l'UNDCAM relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie. JO, 30 mars 2005, n° 4, p. 5309

²¹⁵⁸ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 154.

²¹⁵⁹ *Ibid.* p. 81.

règles imposées par les lois bioéthiques²¹⁶⁰, il ne constitue pas le cœur du dispositif²¹⁶¹. L'encadrement est avant tout de type administratif, rigide et précis, il fonctionne grâce à la délivrance d'agrèments, d'autorisations, et d'obligations de collectes de données réalisées par l'Agence de la biomédecine qui s'assure ainsi notamment du respect par les établissements des dispositions légales. Ainsi, ce n'est pas le paradigme de l'autonomie procréative qui travaille le droit de l'AMP en France. Ce n'est pas le poids de la « *petite souveraineté individuelle* »²¹⁶² qui explique les atteintes autorisées à *zoe* dans le cadre de l'AMP. C'est une logique thérapeutique qui conduit à un recul de la protection de la vie *in vitro*. Or, en construisant ainsi l'AMP, le législateur fait nécessairement du médecin l'acteur central de ce nouveau mécanisme. Sa position lui permet à la fois, en amont, d'accéder en toute légitimité aux corps puis, en aval, de surveiller les comportements procréatifs.

2. Un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs

728. On peut soulever l'hypothèse selon laquelle le droit de l'AMP, à l'instar de l'encadrement juridique de la contraception et de l'IVG, met en place une *surveillance médicale* qui participe à la légitimation de cette pratique potentiellement attentatoire à la vie anténatale. On en veut pour preuve la centralité accordée au mécanisme de la *consultation* ou de l'entretien. En ce sens, l'article L2141-10 CSP précise que

« la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinico-biologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale. Ils doivent notamment : 1° vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ; 2° informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner ; 2° bis informer ceux-ci de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres ; 3° leur remettre un dossier-guide comportant notamment : a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ; b) Un descriptif de ces techniques ; c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet ».

729. Lors de ces entretiens, le médecin procède notamment à la vérification des conditions d'accès à l'AMP fixées par la loi. Pourtant, certaines d'entre elles ne sont pas *stricto sensu* médicales. En effet, en 1994, le médecin doit vérifier l'existence d'une « *vie commune de plus de deux ans* »²¹⁶³.

²¹⁶⁰ Articles L2162-1 et suivants CSP.

²¹⁶¹ Voir notamment, BENEJAT M., « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.

²¹⁶² HENNETTE-VAUCHEZ S., « Politique et politisation du vivant », in HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique - Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, op. cit., p. 41.

²¹⁶³ MEMMI D., « Sonder les âmes et radiographier les corps ? La régulation sociale du désir d'enfant », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, op. cit., p. 158.

Cette vérification suppose un pouvoir d'investigation que les médecins ne détiennent pas²¹⁶⁴ et est susceptible de constituer une intrusion dans la vie privée des individus²¹⁶⁵. Aujourd'hui, même si cette condition n'existe plus, il doit toujours vérifier si le couple est « *en âge de procréer* »²¹⁶⁶ ou s'il est suffisamment motivé pour avoir le droit d'accéder à une AMP. Même si les textes ont le souci du détail, il reste des conditions qui nécessitent, sans le moindre doute, une interprétation de la part des professionnels de santé²¹⁶⁷. Il peut, par exemple, exister des cas où la demande du couple ne semble pas servir l'intérêt de l'enfant, sans qu'elle soit, pour autant, expressément exclue par le législateur. Que faire, en effet, « *quand les déviances sont lourdes mais non prévues par la loi ?* »²¹⁶⁸. Que faire des demandes de femmes battues, de personnes alcooliques, d'individus qui ont des enfants placés, qui se trouvent dans une situation économique très difficile, d'une personne elle-même responsable de son infertilité, d'une femme à la santé mentale fragile ou avec un partenaire en prison²¹⁶⁹? Dans tous ces cas de figure, c'est au corps médical d'évaluer la légitimité de la demande du couple. Or, celui-ci dispose d'une autorité particulièrement importante, à la fois en raison de la situation - souvent difficile, voire désespérée, dans laquelle se trouve souvent le couple - et de sa supériorité technique et médicale. Dominique MEMMI observe que « *le pouvoir médical repose avant tout, outre sur une compétence avérée, sur une situation de dépendance forte du patient quant à la détention d'une ressource rare (la santé, voire la vie). La dépendance ici repose sur le prix, individuel et social, accordé à la fécondité. L'autorité des médecins est construite sur l'incompétence biologique des patients* »²¹⁷⁰. Son autorité repose aussi sur l'absence totale de recours juridictionnel disponible pour contester la décision médicale. Partant, cet entretien peut être analysé comme une « *inventivité procédurale défensive contre une normalisation de la PMA* »²¹⁷¹, c'est-à-dire comme une garantie contre les abus. Les études sociologiques réalisées sur la pratique de ces entretiens indiquent qu'ils reposent, comme en matière d'IVG, sur une « *sollicitation autobiographique* »²¹⁷², paradigmatique d'un contrôle biopolitique.

²¹⁶⁴ DEMAY de GOUSTINE P., « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *op. cit.*, p. 1.

²¹⁶⁵ En ce sens, AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5818.

²¹⁶⁶ JOUANNET P., « Le médecin face à la procréation légalement assistée », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 132.

²¹⁶⁷ DEMAY de GOUSTINE P., « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *op. cit.*, p. 1.

²¹⁶⁸ MEMMI D., « Sonder les âmes et radiographier les corps ? La régulation sociale du désir d'enfant », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 164.

²¹⁶⁹ *Ibid*; PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 31.

²¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 178.

²¹⁷¹ *Ibid.*, p. 36.

²¹⁷² MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir - le gouvernement des corps par la parole*, *op. cit.* p. 33.

Dominique MEMMI note qu'

« on peut aujourd'hui faire beaucoup de choses de son propre corps en matière d'activité sexuelle et reproductive. À une condition - toujours la même : se présenter devant un médecin qui ne demande pas grand-chose, juste ce qui vous amène là. Le contrôle se fait - non pas par l'exhibition de critères explicites d'acceptation des demandes - mais de l'exhibition au cours d'un dialogue d'un récit biographique, mesuré à l'aune d'un récit légitime attendu par les experts »²¹⁷³.

730. Le contrôle est désormais mis en œuvre par des techniques *horizontales* de contrôle social et non plus sur la sanction. C'est désormais des procédés de surveillance médicale qui structurent le contrôle étatique²¹⁷⁴ et légitime la mise en œuvre d'une technique - l'AMP - pourtant susceptible d'attenter à la vie de l'embryon *in vitro*. Cela étant, la procédure des agréments, absolument centrale en matière de l'AMP, prouve que cette surveillance est au moins partiellement étatique. En effet, par ce biais, la loi impose aux établissements de santé, sous le contrôle du juge²¹⁷⁵, de remplir certaines conditions pour poursuivre leurs activités d'AMP. Par ce biais la loi s'assure de la soumission de ces établissements aux critères sanitaires légaux. Les procédures d'agrément et d'autorisation sont fondamentales dans ce système de santé publique car elles servent de « *chapeautage étatique* »²¹⁷⁶. La technique d'agrément aboutit, initialement, à une exclusion quasi-totale du secteur privé²¹⁷⁷. L'État déléguait surtout son pouvoir de contrôle exclusivement à des agents publics. En tout état de cause, il procède à la mise en place d'une *biopolitique déléguée*, caractéristique du biopouvoir.

731. Il est ainsi, une fois de plus, possible d'observer que l'une des caractéristiques essentielles de la biopolitique moderne est « *l'enchevêtrement de la médecine et de la politique* » à tel point que « *le médecin et le souverain semblent échanger leur rôle* »²¹⁷⁸. Le caractère politique de la médicalisation est cependant souvent invisibilisé. Par exemple, lors des débats des années 1990, les parlementaires insistent sur la nécessité de parler d'assistance médicale à la procréation - et non de procréation médicalement assistée - car il importe de montrer que « *le médecin est [uniquement] là pour régler un problème de tuyaux ; [qu'] il se contente de jouer au plombier* »²¹⁷⁹ et que « *ce n'est pas la procréation que la loi régit mais les pratiques médicales* »²¹⁸⁰. Pourtant, le rôle du médecin n'est pas uniquement technique puisqu'il est le « *contrôleur*

²¹⁷³ MEMMI D., « Sonder les âmes et radiographier les corps ? La régulation sociale du désir d'enfant », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, op. cit., p. 151.

²¹⁷⁴ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir - le gouvernement des corps par la parole*, op. cit. p. 25.

²¹⁷⁵ Voir notamment, CORMIER M., « Le juge administratif se montre de plus en plus strict en matière de motivation des décisions de refus d'autorisation d'exercer une activité d'assistance médicale à la procréation (CAA Lyon, 4 déc. 2001, ministre des Affaires sociales, n° 97LY00854) », *RDSS*, 2003, p.246.

²¹⁷⁶ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir - le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, op. cit., p. 19.

²¹⁷⁷ Voir notamment, COROUGE G., « Les refus d'autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée dans les établissements hospitaliers privés. Conclusions sur tribunal administratif de Paris, 5 juillet 1989, SA Clinique du Belvédère et autres », *RDSS*, 1990, p.85.

²¹⁷⁸ AGAMBEN G., *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, op. cit., p. 154.

²¹⁷⁹ Sénat, 18 mai 1994, Charles Descours, p. 1649 : « [...] *Que les médecins se prenaient pour Dieu lui-même* ».

²¹⁸⁰ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 93.

de l'accès à l'AMP»²¹⁸¹. Dans la mesure où il peut être amené à porter un *jugement* sur la *légitimité* de certains choix de vie, son rôle est donc, au moins partiellement, *politique*. Un certain nombre de procédés juridiques - à l'instar de la médicalisation de l'AMP - participent toutefois à *invisibiliser* ce rôle éminemment politique du médecin. Ils participent, de manière plus générale, à *dépolitiser* les questions bioéthiques²¹⁸² en les présentant comme des problèmes *médicaux, scientifiques, techniques* et non *politiques*²¹⁸³. Au soutien de ce processus de *dépolitisation*, on peut également observer une « *biologisation des concepts juridiques* », c'est-à-dire une prise en compte importante de la science par le droit²¹⁸⁴. Il faut dire qu'au moment où commence à se développer le champ de la bioéthique, le droit n'est pas pensé comme un instrument approprié pour réguler la biomédecine²¹⁸⁵. Le corps médical dégage donc ses propres principes et ses propres modes de contrôle²¹⁸⁶ pour régler les questions auxquelles il se trouve confronté. En matière d'AMP, les CECOS développent notamment de nombreuses règles de bonnes pratiques. Même si, par la suite, la France « *inaugure un processus d'institutionnalisation* »²¹⁸⁷ de la bioéthique en créant en 1983 le Comité consultatif national d'éthique, chargé d'engager de grandes réflexions éthiques sur le vivant et la science²¹⁸⁸ ; avant les lois de 1994, seuls les CECOS et le CCNE régulent le champ de la bioéthique et de l'AMP. Cela explique que le droit accepte, ici plus qu'ailleurs, de prendre en compte l'importance du savoir

²¹⁸¹ PARIZER-KRIEF K, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 31 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., *Le droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁸² BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 43.

²¹⁸³ Sur la manière dont « fonctionne » la bioéthique et sur ses spécificités : BELLIVIER F., « Peut-on évaluer la loi bioéthique », *Raison-publique*, mai 2012 ; GALLOUX J.C., « Le CCNE pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine », in CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 240 ; MONIER S., *Les comités d'éthique et le droit - Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, *op. cit.* ; BRUNET L., BELLIVIER F., « Évolutions des catégories normatives de jugement de vie et droit de la bioéthique », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p.192 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., « Reasonableness and Biolaw », *Raison-publique.fr*, mai 2012 ; ADAM-FERREIRA B., « La délibération de compétences normatives : le rôle du comité d'éthique dans l'élaboration des normes dans le domaine biomédical », in LOCHAK D., *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, *op. cit.* ; MEULDERS-KLEIN MT., « La production des normes », in NEIRINCK C., *De la bioéthique au biodroit*, *op. cit.*, p. 47 ; FASSIN E., « Sous la bioéthique, la biopolitique », Introduction, *Raison-publique.fr*, 2012 ; DUCHENE J., « Les rapports entre la science et l'éthique : gérer ensemble l'incertitude », in DELFOSSE M.L. (dir.), *Les comités de la recherche biomédicale*, Presses universitaires de Namur, Travaux de la faculté de droit de Namur, 1997, THOUVENIN D., « De l'éthique biomédicale aux lois bioéthiques », *op. cit.*, p.717.

²¹⁸⁴ TRIMARCO A., *Approche juridique internationale et comparative (Europe, États-Unis) des procréations artificielles*, Mémoire, 2002, Université, Aix-Marseille II, p. 9. Voir aussi, NEIRINCK C., « La bioéthique : moral ou utilitarisme ? L'exemple des procréations médicalement assistées », in LE TOURNEAU P., MOLINIER J., COUZINET J.F., *Le droit saisi par la morale*, *op. cit.*, p. 190 ; voir notamment, en ce sens, CANIVET G., « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTDciv.*, 2005, p. 3 : « Un des premiers aspects de la mission du juge est d'assimiler le progrès scientifique en adaptant le droit aux nouvelles technologies ». Voir aussi, BENEJAT M., « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.

²¹⁸⁵ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Reasonableness and Biolaw », *Raison-publique*, mai 2012.

²¹⁸⁶ MONIER S., *Les comités d'éthique et le droit - Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 30.

²¹⁸⁷ BELLIVIER F., HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 4, 2014, 227 ; voir également MARTINEZ E., *Manuel du comité consultatif national d'éthique*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2004, p. 24.

²¹⁸⁸ Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

scientifique²¹⁸⁹. L'idée selon laquelle le corps médical est le plus à même de guider la réglementation est fortement présente au moment de la rédaction des lois bioéthiques²¹⁹⁰. Le biodroit - et le droit de l'AMP - se sont construits autour de l'idée selon laquelle le savoir médical devait guider la réflexion éthique et juridique²¹⁹¹. L'intervention de nombreux experts scientifiques lors du processus législatif en atteste²¹⁹²; ainsi que la reprise, dans le droit positif, des règles de bonnes pratiques relatives à l'AMP par leur intégration en 1999²¹⁹³, 2008²¹⁹⁴, 2011²¹⁹⁵, 2015²¹⁹⁶, 2017²¹⁹⁷ dans des arrêtés. L'importance accordée au pouvoir scientifique s'illustre également par la persistance, en parallèle des règles intégrées à ces arrêtés, de règles de bonnes pratiques dégagées par l'Agence de biomédecine²¹⁹⁸, qui a pour mission de « *participer à l'élaboration de la réglementation de l'activité de l'AMP* »²¹⁹⁹. Le fait qu'un organe non législatif soit ainsi habilité à participer à l'élaboration de l'encadrement juridique²²⁰⁰ montre qu'il importe toujours pour les acteurs juridiques d'accorder une place aux acteurs scientifiques dans la création du droit. L'ABM n'est pas perçue comme un organe politique mais comme une institution scientifique fait preuve d'une réflexion *éthique et rationnelle*.

732. C'est ainsi le corps médical qui est placé par le droit au centre de l'encadrement juridique de l'AMP, dont on peut désormais considérer qu'il n'est pas guidé par une logique d'autonomie procréative puisque pleinement médicalisé. En Allemagne, ce n'est pas non plus cette logique qui structure la question de l'AMP là aussi articulée autour d'une *médicalisation* de la reproduction, fût-elle abordée sous un angle moins collectif qu'en France.

²¹⁸⁹ Voir notamment, ANDORNO R., « Les droits européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, n° 1, janvier-mars, 1994, p. 141 : L'auteur considère que la France, l'Espagne et le Royaume-Uni ont opté pour le modèle de la « *primauté de la technique* » plutôt que celui de la « *primauté de la personne* ».

²¹⁹⁰ Et elle persiste encore aujourd'hui : FEUILLET B., TESTART J., « Bioéthique : droits, valeurs, science », *Constitutions*, 2011, p. 167 - propos de Brigitte Feuillet : « *Je suis de ceux qui pensent qu'une réflexion éthique ne peut être menée sans eux car leur rôle est essentiel pour comprendre les pratiques biomédicales elles-mêmes* ».

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² Voir notamment, *Rapport d'information de la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révisions des lois bioéthiques de juillet 1994*, Tome 2, volume 1, Auditions.

²¹⁹³ Arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation, JO, n° 50, 28 février 1999 page 3061.

²¹⁹⁴ Arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

²¹⁹⁵ Arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

²¹⁹⁶ Arrêté du 13 février 2015 fixant les conditions de formation et d'expérience des praticiens exerçant les activités d'assistance médicale à la procréation mentionnées à l'article L2141-1 du Code de la santé publique.

²¹⁹⁷ Arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

²¹⁹⁸ On en compte actuellement 36 sur le site de l'ABM.

²¹⁹⁹ Article R1418-1 CSP.

²²⁰⁰ Si la valeur normative de ces règles est encore discutée, elles jouent néanmoins un rôle fondamental pour le corps médical. Voir notamment, ROLLAND C., SICOT F., « Les recommandations de bonne pratique en santé - du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Presses de Sciences Po, Gouvernement et action publique*, 2012/3, n° 3, p. 66.

II. La médicalisation, paradigme central de la légalisation de l'AMP en Allemagne ?

733. Le droit allemand de l'AMP n'est quant à lui pas structuré autour d'un paradigme de santé publique, similaire à celui qui gouverne travaille le droit français (A). Cela étant, c'est également une médicalisation de l'AMP qui permet la mise en place d'une gestion biopolitique des comportements procréatifs en matière d'AMP, laquelle légitime son autorisation et la non-protection des embryons surnuméraires (B).

A. L'absence d'ancrage de santé publique de l'AMP en Allemagne

734. En Allemagne, l'AMP n'est pas appréhendée sous l'angle de la santé *publique* : elle n'est notamment pas appréhendée comme une problématique *collective* qui impliquerait une gestion étatique de la question (1). Par ailleurs, on observe des débats et divergences de vues sur la pathologisation de la stérilité qui n'est pas unanimement considérée comme une maladie par les acteurs juridiques (2).

1. Une appréhension moins collective de l'AMP

735. La dimension collective de l'AMP n'est pas inexistante en Allemagne. En premier lieu, les pratiques autologues sont remboursées à hauteur de 50% par la Sécurité sociale²²⁰¹. La collectivité (*i.e.* l'État) aide ainsi les couples infertiles à procréer si l'AMP est autologue, c'est-à-dire réalisée sans l'intervention de gamète extérieure. Ensuite, il existe une surveillance collective des pratiques d'AMP puisqu'un registre national recueille toutes les données relatives à l'AMP. Il n'est certes pas mis en place par l'État mais par la fédération nationale des centres d'AMP. Il permet malgré tout une gestion institutionnalisée de cette pratique²²⁰². Enfin, le droit allemand prévoit des procédures d'agrément. Or, ce mécanisme illustre souvent la mise en œuvre d'une gestion *étatique* et *collective* d'un problème de santé. Sur ce point, le §121a du Code de la Sécurité sociale conditionne, par exemple, le remboursement de l'AMP au fait qu'elle ait été réalisée dans un centre agréé²²⁰³. L'État

²²⁰¹ §27a alinéa 1 SGB V. Voir aussi BaAk, *Richtlinie über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*, *op. cit.*, p. 2.

²²⁰² DIV - Deutsches IVF Register. Voir notamment son règlement intérieur (disponible sur le site).

²²⁰³ §121 a SGB V : « Les caisses d'assurance maladie ne peuvent prendre en charge les prestations visant à la réalisation d'une grossesse que si elles sont réalisées par 1. un médecin conventionné ; 2. un centre médical habilité ; 3. un médecin agréé ; 4. une institution médicale agréée ou 5. un hôpital habilité ; dès lors qu'ils ont reçu une autorisation spécifique de la part des autorités compétentes pour réaliser de telles mesures²²⁰³ [...] Cette autorisation ne peut être délivrée que lorsque le médecin ou l'établissement. 1. dispose des possibilités diagnostiques et thérapeutiques nécessaires au regard des méthodes scientifiques reconnues pour mettre en œuvre des mesures visant à la réalisation d'une grossesse ; 2. peut assurer, économiquement, la délivrance de soins appropriés et performants [...]. La détermination des autorités compétentes pour délivrer cette autorisation est fixée par le droit des Länder. Si rien n'est précisé par les textes, le gouvernement du Land peut transmettre lui-même l'autorisation ». Concernant ce dernier point, Schlussbericht der Enquete-Kommission, *Recht und Ethik*, *op. cit.*, p. 103 : « Le régime des autorisations à délivrer aux centres de médecine reproduction est réglementé par les Länder. Dans sept Länder, la délivrance de ces autorisations dépend des Chambres des médecins des Länder ».

n'accepte de prendre en charge l'AMP que si elle a été réalisée au sein d'un établissement qui a été considéré, selon ses critères, comme apte à pratiquer de telles procédures. Le remboursement n'est donc possible que si l'État est intervenu, en aval, pour chapeauter la procédure.

736. Cependant, la loi ne précise pas en détail les critères quantitatifs et qualitatifs de délivrance de l'autorisation : « *Non seulement, il n'y a, ni dans les directives médicales des Länder, ni dans leur texte déontologique les instruments nécessaires pour une mise en œuvre effective [...] des procédures d'autorisation, mais en plus les Chambres des médecins ne sont pas dotées des instruments nécessaires à la mise en œuvre d'un contrôle effectif des exigences qualitatives et structurelles* »²²⁰⁴. De plus, seul le remboursement est conditionné par la réalisation de l'AMP au sein d'un l'établissement agréé. Dès lors si le couple a les moyens de payer une AMP sans le soutien de la Sécurité sociale ou qu'il n'est, de toute manière, pas éligible au remboursement, il peut aller dans un centre non agréé, sans que l'État ne vérifie spécifiquement la manière dont les procédures sont mises en place. Le contrôle étatique de l'AMP est ainsi moins important qu'en France (où l'agrément n'est pas lié au remboursement mais à la mise en œuvre même de la procréation médicalement assistée). Par ailleurs, il importe de rappeler qu'aucune loi ne régit en détail l'AMP : aucune loi ne précise les conditions d'accès, les procédures à mettre en œuvre, les critères d'agréments, les délais de conservations, etc. Il est vrai que la dernière directive de la chambre fédérale des médecins (de 2018) est désormais contraignante. En principe, les médecins sont donc obligés de suivre les procédures qu'elles prévoient. Cela étant, les 17 pages de la directive ne suffisent pas à elles seules à régler toutes les questions ayant trait à l'AMP. De nombreux auteurs appellent toujours le législateur à intervenir²²⁰⁵.

737. L'absence de cadre législatif et la faible gestion étatisée de l'AMP s'expliquent notamment par l'idée selon laquelle la gestion de l'AMP doit dépendre d'une appréciation *au cas par cas* du médecin. Le Rapport BENDA de 1985, du nom du président de la commission (ancien ministre et un ancien président de la Cour constitutionnelle), chargé de s'interroger sur les questions posées par la médecine reproductive²²⁰⁶, estime qu'il vaut mieux éviter la mise en place d'une gestion collective de l'AMP et d'une institution centralisée car il est préférable de laisser les médecins agir individuellement, seulement encadrés par des directives professionnelles²²⁰⁷. En Allemagne, il existe

²²⁰⁴ *Ibid.*, p. 103.

²²⁰⁵ Notamment, ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung, Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen*, op. cit., ; HENKING T., *Wertungswidersprüche zwischen Embryonenschutzgesetz und den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs ? Am Beispiel des Verbots der Präimplantationsdiagnostik*, op. cit., p. 63 ; BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, op. cit.

²²⁰⁶ Die Arbeitsgruppe In- vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie der Bundesministerien der Justiz bzw. für Forschung und Technologie (sog. Benda-Kommission), 1985 ; PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 18.

²²⁰⁷ « Rapport Benda » cité par PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 26.

une forte interaction entre le corps médical et l'État, en particulier depuis la Seconde Guerre mondiale en raison notamment du système d'assurance maladie mis en place à l'époque²²⁰⁸ et de la représentativité du corps dans les institutions²²⁰⁹. La marge de manœuvre des médecins est donc pensée comme une garantie au bon fonctionnement du système car seul leur savoir médical pourra permettre de répondre aux situations complexes qui se présentent à eux. En effet, en Allemagne, « *il n'existe, ni parlement, ni pouvoir exécutif, qui pourraient examiner à l'avance les conséquences possibles de ces décisions [médicales]. Dans ce modèle professionnel, l'élaboration, l'application des résultats et l'appréciation des "fautes professionnelles" sont entre les mains des médecins* »²²¹⁰. Cela vaut particulièrement en matière d'AMP : la loi ne réglemente que très peu les procédures à adopter qui font soit l'objet des directives de la Chambre fédérale des médecins, soit d'une appréciation au cas par cas par le médecin en charge du dossier d'AMP du couple. Le législateur procède donc à une délégation implicite de pouvoir au corps médical. Une telle délégation ancre l'AMP dans le domaine du médical. Malgré tout, il faut observer que les acteurs juridiques allemands ne sont pas unanimes sur la qualification de la stérilité en maladie.

2. La qualification juridique débattue de la stérilité comme maladie

738. En Allemagne, la stérilité n'est pas unanimement considérée comme une maladie.

739. Plus généralement, en Allemagne, à la différence de la France où l'AMP est plutôt consensuellement acceptée dans les années 1990, les techniques d'AMP sont perçues comme transgressives car contraires à la nature²²¹¹. Cette crainte d'un effondrement de l'ordre naturel²²¹² explique que le législateur ait adopté des interdictions pénales à l'encontre de plusieurs techniques biomédicales, et, du moins, dans un premier temps qu'il se soit montré sceptique à l'égard des techniques d'AMP qui risquaient notamment de « *réifier les processus de procréation* »²²¹³. Les débats parlementaires montrent en effet une véritable inquiétude à l'égard de techniques susceptibles

²²⁰⁸ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 25 : « Contrairement à la France où le syndicalisme médical s'est institutionnalisé au sein de l'État providence afin d'assurer une position centrale à la profession, au sein du système d'assurance maladie. Les instances de droit public étaient parties prenantes de la mise en œuvre de la politique de santé, qui prenait la forme d'un corporatisme sectoriel auto-administré, avec la figure identitaire dominante du "médecin de caisse". Les unions de médecins de caisse, institutions uniquement formées de médecins, leur donnaient une grande autonomie en matière de surveillance de l'activité médicale. Les liens tissés entre certains professeurs de médecine et des partis politiques ont ainsi créé un "lobby médical" puissant ».

²²⁰⁹ HASSENTEUFEL P., *Les médecins face à l'État - comparaison européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997.

²²¹⁰ BECK U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, 1986, Paris, Aubier, p. 435 et p. 450.

²²¹¹ HANS J., *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, CERF, 1992 cité par PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 70 : « L'homme, menacé par la toute-puissance de la technique, doit assumer sa responsabilité à l'égard des générations futures en protégeant la nature ».

²²¹² PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 71.

²²¹³ On traduit ici « Entpersonalisierung » par « réification ». On aurait peut-être pu utiliser les termes de « dépersonnalisation » ou « dépersonnification ».

d'entraîner une réification des processus de procréation. Certains parlementaires déclarent ainsi que « *le processus de procréation [risque d'être] dépersonnalisé* »²²¹⁴ ou encore « *la fécondation artificielle, au regard de la technicité du processus, peut être autorisée, si ce processus ne porte pas atteinte à la dignité humaine et s'il ne dépersonnifie pas le processus de procréation* »²²¹⁵. En effet, la procréation est perçue comme un procédé naturel au sein duquel la technique ne doit pas intervenir car cette seule intervention serait susceptible de porter atteinte à la nature de l'homme et *in fine* à la dignité humaine. En ce sens, il faut observer que la loi prévoit une clause de conscience spécifique pour l'AMP, « *le médecin ne pouvant jamais être obligé de participer contre ses convictions personnelles à une procédure de médecine reproductive* »²²¹⁶. Par ailleurs, la directive de la chambre fédérale des médecins de 2006 insiste fortement - bien plus que ne le fait le droit français - sur les effets psychologiques néfastes de l'AMP. Même si cette directive ne s'applique plus, cette insistance révèle malgré tout à quel point l'Allemagne considère l'AMP comme peu naturelle²²¹⁷ et à, ce titre, dangereuse psychologiquement. Les acteurs juridiques allemands considèrent qu'il n'y a rien d'anodin à recourir à une méthode alternative à la procréation naturelle.

740. De telles réticences peuvent en partie expliquer que certains acteurs juridiques refusent de considérer la stérilité comme une maladie (et inversement, l'absence de pathologisation de la stérilité explique de telles réticences). C'est, en premier lieu, la position défendue par le législateur en 2004 pour justifier des limites qu'il fixe au remboursement par l'assurance maladie lorsqu'il passe d'une prise en charge à 100% à un remboursement à 50%²²¹⁸. Mais c'est aussi la position de la Cour constitutionnelle qui valide la réforme de la Sécurité sociale, considérant que le législateur n'a pas à prévoir une prise en charge intégrale des frais d'AMP car la « *stérilité n'est effectivement pas une maladie* »²²¹⁹. Elle considère également qu'il est en droit de limiter le remboursement au couple marié. La Cour estime en effet que, bien que le législateur ait prévu une prise en charge partielle, « *il ne considère pas l'AMP comme le traitement d'une maladie* »²²²⁰. La stérilité se situe ainsi « *au croisement entre la maladie et les troubles physiques ou psychiques dont la réparation n'a pas nécessairement à être prise en compte*

²²¹⁴ BT, 230^{ème} séance, 24 octobre 1990, Jahn, p. 18216.

²²¹⁵ BT, 230^{ème} séance, 24 octobre 1990, Geis, p. 4308.

²²¹⁶ §10 EschG ; voir aussi, BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*, p. 1385.

²²¹⁷ Voir également, Schlussbericht der Enquete-Kommission, *Recht und Ethik*, Deutscher Bundestag, 2002, p. 142.

²²¹⁸ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 86-87.

²²¹⁹ BVerfG, 28 février 2007 - BVerfGE 117, 316.

²²²⁰ BVerfG, 28 février 2007 - BVerfGE 117, 316, §34. Se référant notamment au projet de loi du 21 mars 1990 sur la modification de la Sécurité sociale (Entwurf eines Gesetzes über die neunzehnte Anpassung der Leistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz sowie zur Änderung weiterer sozialrechtlicher Vorschriften Drucksache 11/6760, p. 14). Voir aussi, MUCKEL S., « Kunstliche Befruchtung als Leistung der Krankenversicherung nur für Eheleute », *JA*, 2007, p. 553 ; HUSTER S., « Die Leistungspflicht der GKV für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff », *NJW*, 2009, p. 1713.

par la Sécurité sociale »²²²¹. Puisque la stérilité n'est pas une maladie, le législateur peut décider de procéder à des différences de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés. Le législateur *peut* certes décider de prendre en charge certaines FIV mais il n'est *pas obligé* de le faire. La Cour constitutionnelle déclare assez clairement que « *l'AMP ne sert pas à réparer un état corporel anormal mais le contourne par le biais d'une aide médicale technique, sans pour autant le soigner* »²²²². Cette position est confirmée par la Cour, dans une décision du 27 février 2009 : « *Le concept de maladie, qui en principe est au cœur des prestations prises en charge par l'assurance maladie, ne peut pas être étendu, au point qu'il comprenne également le désir d'une planification familiale efficace* »²²²³.

741. La Cour fédérale administrative considère, elle aussi, que c'est à bon droit que la demande de prise en charge d'une FIV par une soldate est refusée par les caisses d'assurances maladie car « *l'ICSI n'est pas un traitement médical* »²²²⁴. Elle fonde notamment sa décision sur le fait que l'ICSI (technique de FIV qui fonctionne par le biais d'une injection spermatique directement dans l'ovocyte) n'est pas mentionnée comme une prestation prise en charge par la directive de la Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurance maladie sur les mesures médicales d'assistance à la procréation²²²⁵. Ainsi, en Allemagne, ni le législateur, ni la Cour constitutionnelle, ni la Cour fédérale administrative ne qualifient la stérilité de maladie. L'AMP ne peut donc pas être *évidemment* considérée comme un soin.

742. D'autres acteurs juridiques qualifient cependant l'AMP de soin, ce qui ancre alors l'AMP dans la sphère du médical. Tout d'abord, lors des débats parlementaires de la fin des années 1980, l'AMP est perçue comme un remède à une maladie : la stérilité. Les parlementaires considèrent ainsi que

*« les deux partenaires doivent être traités de la même manière dès lors que la stérilité pathologique d'un des deux partenaires ou des deux ne peut pas être surmontée différemment »*²²²⁶ ou encore que « *la réalisation des méthodes de fécondation artificielle n'est autorisée que s'il s'agit d'une stérilité pathologique chez l'un, ou les deux partenaires, qui ne peut être résolue différemment* »²²²⁷

743. C'est également l'idée défendue par le juge fiscal qui admet parfois la déduction des frais d'AMP en se fondant sur une conception thérapeutique de celle-ci. En effet, le système allemand

²²²¹ BVerfG, 28 février 2007 - BVerfGE 117, 316, §35. Voir aussi, VGH München, 19 septembre 2006 - 14 ZB 06.1844 ; SG Berlin, 14 septembre 2015 - S 127 AS 32141/12.

²²²² BVerfG, 27 février 2009, 1 BvR 2982/07. Voir aussi, HUSTER S., « Die Leistungspflicht der GKV für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff », NJW, 2009, p. 1713.

²²²³ BVerfG, 27 février 2009, 1 BvR 2982/07. Voir aussi, HUSTER S., « Die Leistungspflicht der GKV für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff », NJW, 2009, p. 1713.

²²²⁴ BVerwG, 22 mars 2001, 2 C 36/00 (Münster), NVwZ 2001, p. 1409.

²²²⁵ *Ibid.* ; BaAK, *Richtlinie über ärztliche Massnahmen zur künstlichen Befruchtung, op. cit.*

²²²⁶ BT, 113^{ème} séance, 1er décembre 1988, Frau Beckler-Inglau, p. 8208.

²²²⁷ Antrag du FDP - Chancen und Risiken der Anwendung neuer Methoden der Künstlichen Befruchtung und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen - Drucksache 11/1662, 18 janvier 1988.

permet, sous conditions, un abattement de l'impôt sur le revenu de certains actes médicaux non pris en charge par la Sécurité sociale. Le juge se saisit parfois de cette possibilité de déduction au titre de charges exceptionnelles²²²⁸. C'est dans ce cadre qu'en 1997 la Cour fédérale des finances précise, en explicitant les conditions nécessaires pour qu'une pratique d'AMP puisse faire l'objet d'une telle déduction²²²⁹, que la « *la stérilité d'une femme mariée est une maladie* »²²³⁰. La Cour admet également en 2010 ce type de prise en charge pour des pratiques hétérologues, par exemple pour le don de sperme, en estimant, à nouveau, que l'infertilité est une maladie²²³¹. Si la stérilité est une maladie, alors l'AMP est un soin - ou *a minima* une solution - et, au nom de la protection de la santé, l'accès doit être financièrement facilité. Le juge se fonde ici ainsi sur un raisonnement proche de celui de l'ordre juridique français, considérant que

« les frais médicaux sont des frais qui permettent de guérir une maladie, de la rendre plus supportable ou d'améliorer ses conséquences [...]. La stérilité d'une femme mariée peut être qualifiée, au regard de cette définition, de maladie [...]. Il y a consensus sur le fait que le traitement d'une maladie suppose un état physique anormal. Mais le concept de maladie va plus loin. Il dépend de la manière dont la maladie est perçue par la société et influencée par la culture juridique, qui peut appréhender de manière différente l'état d'une personne tant mental que physique. Ce qui est déterminant pour la qualification de maladie, c'est de savoir s'il s'agit d'un état désagréable »²²³².

744. En admettant en l'espèce le caractère parfois construit de la pathologisation, la Cour accepte ainsi la prise en charge. De même, depuis un arrêt de la Cour fédérale de justice du 17 décembre 1986²²³³, le juge dispose que le régime d'assurance maladie privée considère lui aussi l'AMP comme une maladie et la prend en charge à 100%²²³⁴.

745. En outre, bien que la Sécurité sociale ne prenne en charge que 50% des frais d'AMP, cette prise en charge partielle ancre la question dans le médical. En effet, seuls les soins médicaux sont en principe remboursés par la Sécurité sociale, fût-ce de manière partielle. Cela semble d'autant plus évident que le droit allemand ne rembourse, ni la contraception, ni l'avortement²²³⁵. Par conséquent, si le législateur accepte le remboursement de l'AMP, fût-il partiel, c'est bien qu'il

²²²⁸ §33 II Einkommensteuergesetz (EstG) - Loi relative à l'impôt sur le revenu.

²²²⁹ BFG, 18 juin 1997, III R 84/86, §9. Voir aussi, notamment, BGH, 17 décembre 1986 - BGHSt 99, 228 ; BSG, 28 avril 1967 - BSGE 26, 240 ; BSG, 13 février 1975 - BSGE 39, 167 ; BSG, 12 novembre 1985 - BSGE 59, 119.

²²³⁰ BFH, 10 mai 2007, III R 47/05 : « *La question de savoir si une anomalie doit être perçue comme une maladie, dépend de la situation personnelle de la personne concernée ou de la manière dont évoluent les conceptions de la société et de sa culture juridique* ». Voir aussi, BFH, 18 juin 1997 - BFHE 183, 476 ; BSG, 3 avril 2001 - BSGE 88, 62 : Même si juge refuse la prise en charge de l'ICSI car ce n'est pas un soin médical, il précise également qu'il s'agit « *d'un traitement médical qui sur le plan médical et éthique est reconnu par la Chambre fédérale des médecins* ».

²²³¹ BFH, 16 décembre 2010, VI R 43/10 ; FG Niedersachsen, 5 mai 2010, 9 K 231/07 ; FG München, 20 mai 2009, 10K 2156/08, DstRE 2010, p. 863 : prise en charge de l'AMP possible au titre des charges exceptionnelles, dès lors qu'elle fait partie du traitement de la fertilité de son mari, même si la femme a plus de 45 ans.

²²³² BFG, 18 juin 1997, III R 84/86. Voir aussi, pour une femme non mariée, BFH, 10 mai 2007, III R 47/05.

²²³³ BGH, 17 décembre 1986 - BGHSt 99, 228.

²²³⁴ Dans le même sens, plus récemment, OLG Karlsruhe, 13 octobre 2017, 12 U 107/17.

²²³⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

considère qu'il s'agit d'un problème de santé qui intéresse, dans une certaine mesure, la collectivité dans son ensemble.

746. Même si ce n'est pas l'approche adoptée par tous les protagonistes de l'AMP, ces décisions montrent que certains d'entre eux, le juge fiscal notamment mais surtout les parlementaires à l'origine de la loi, considèrent que la stérilité puisse parfois être qualifiée de maladie. Une telle approche *médicalise* l'AMP, à l'instar, surtout, du rôle central accordé au médecin.

B. L'existence d'un cadre médical entourant l'AMP

747. Même s'il n'est pas en tout point comparable avec le processus de *médicalisation* mis en œuvre en France, c'est aussi un ancrage médical qui légitime en partie l'AMP en Allemagne (1). Cet ancrage permet une *surveillance* des comportements procréatifs, paradigme d'un nouveau modèle de *biopolitique déléguée* de gestion de la vie et de la procréation qui justifie au moins en partie qu'on admette des atteintes à la vie *in vitro* (2).

1. Le rôle central du médecin

748. En Allemagne, la loi prévoit que le médecin est le seul à pouvoir agir en matière d'AMP. Certains parlementaires énoncent en 1990 que « *la fécondation artificielle [est autorisée] seulement lorsqu'elle est réalisée par un médecin autorisé dans un cadre hospitalier et seulement lorsqu'elle permet de résoudre un problème de stérilité qui ne peut être résolu autrement* »²²³⁶. Par ailleurs, selon l'article 9 de la loi sur la protection de l'embryon (relatif à la « réserve médical ») seul un médecin peut procéder à une insémination artificielle, transférer un embryon humain et accepter la conservation des ovocytes fécondés, et à titre exceptionnel des embryons. Cette disposition fait dire à certains commentateurs que « *les prestations dans le cadre de la médecine reproductive nécessitent des connaissances scientifiques et médicales* »²²³⁷. Ainsi, la loi relative à la protection de l'embryon « *confie la responsabilité [de la mise en œuvre des différentes techniques d'AMP] au médecin et [...] [de son intervention] une condition nécessaire de sa légalité* »²²³⁸. Partant, comme en France, l'insémination artisanale est dès lors interdite²²³⁹. En agissant de la sorte, le

²²³⁶ BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Däubler Gmelin, p. 4290. BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Seesing, p. 4292 : « *Les différentes formes de fécondation artificielle ne sont autorisées que si elles ne sont que le seul moyen médical de traiter la stérilité* » ; BT, 230^{ème} séance, 24 octobre 1990, Probst, p. 18218, répondant à Häfner qui estime qu'il faut accepter sa stérilité : « *Dans ce cas, nous pouvons aussi arrêter de soigner toutes les maladies !* ». Voir aussi, le rapport du gouvernement : Kabinetbericht zur Künstliche Befruchtung beim Menschen, Drucksache 85/188, 23 février 1988, p. 6.

²²³⁷ GRZIWOTZ H., « *Kinderwunscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption* », *op. cit.*, p. 1965.

²²³⁸ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 26.

²²³⁹ §9 EschG. Voir également, MAH, *Medizinrecht/Beitz*, 2^{ème} édition, 2013, §13, Rn 195 ; GRZIWOTZ H., « *Kinderwunscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption* », *NZ Fam*, 2014, p. 1065.

législateur poursuit donc des objectifs sanitaires et soumet indirectement l'AMP aux règles de déontologie médicale²²⁴⁰. Il fait du médecin l'acteur central des procédures d'AMP. Pour preuve supplémentaire, les sanctions pénales ne visent principalement que le médecin. En outre, les *règles concrètes* applicables à l'AMP sont principalement édictées par le corps médical, que ce soit la directive de la Chambre fédérale ou celle de la Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurance maladie. Le cadre de l'AMP est donc pensé par des médecins, mis en œuvre par des médecins et est également *contrôlé* par des médecins puisque - lorsqu'il y a un contrôle - ce sont les Chambres médicales des Länder qui disposent d'un pouvoir de sanction. Indéniablement, « *en Allemagne [...] la place du corps médical dans le processus normatif a été importante, tant dans son influence initiale sur le législateur, que plus tard, par le fait de suppléer les lacunes légales* »²²⁴¹.

749. Le régime juridique de l'AMP place ainsi le médecin au cœur de ce mécanisme. Cela permet alors la mise en place d'une *surveillance* qui - ajoutée à l'existence de certaines autres spécificités du champ bioéthique allemand - légitime la légalisation de l'AMP et des atteintes à la vie qu'elle peut engendrer *via* la mise en place d'un contrôle biopolitique.

2. Un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs en Allemagne

750. En Allemagne, la réglementation législative du droit de l'AMP s'articule autour d'interdits. La loi de 1990 édicte surtout des principes assortis de sanctions pénales. Cependant, en l'absence de mécanismes de vérification, les dispositions pénales apparaissent peu efficaces. Par ailleurs, même si les données sont recueillies par l'institution en charge du registre allemand de la FIV²²⁴², la véracité des informations n'est pas contrôlée. En tout état de cause, l'institution n'a pas de pouvoir de sanction. Cela étant, si le droit pénal apparaît inefficace à réguler l'AMP, les textes médicaux occupent, eux, une place importante. Or, ces derniers placent le médecin au cœur de l'AMP, non seulement à des fins médicales mais également à des fins de *surveillance*. Preuve en est, le système allemand accorde une place centrale à la *consultation* médicale : elle est non seulement prévue par la directive de la Chambre fédérale sur l'AMP mais également par la directive de la Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurances maladie²²⁴³. Cette seconde directive dispose que « *la consultation doit se concentrer, de manière individualisée, sur les aspects médicaux, psychiques et sociaux de la fécondation artificielle. Il ne faut pas seulement aborder les risques médicaux et les taux de réussite de la procédure de*

²²⁴⁰ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 26.

²²⁴¹ *Ibid.*, p. 25.

²²⁴² DIR - Deutsches IVF Register.

²²⁴³ Rappelons qu'il s'agit d'un texte obligatoire qui conditionne le remboursement de l'AMP à la réalisation de la consultation.

*traitement, mais également aborder en détail la charge psychique et corporelle que représente, surtout pour les femmes, une telle procédure, ainsi que les possibles alternatives à l'obtention d'un enfant (par exemple l'adoption) »²²⁴⁴. Ainsi, l'État n'accepte d'approuver l'AMP, c'est-à-dire de la rembourser que si l'individu s'est soumis à l'exercice de la consultation, c'est-à-dire, comme en France, s'il a accepté de *parler* à un médecin²²⁴⁵.*

751. Ensuite, même si elle n'est obligatoire qu'en cas de prise en charge financière par la Sécurité sociale, la directive de la Chambre fédérale des médecins, que ce soit dans sa version de 1998, de 2006 ou, de 2018, encourage fortement les médecins à procéder à de telles consultations et réglemente dans le détail la procédure à suivre. Dès son préambule, la directive de 2006 énonce ainsi que « *les informations médicales doivent être données dans le cadre d'une consultation psycho-sociale* ». Un paragraphe spécifique à la question de la consultation précise que « *le couple doit, avant le début de la prise en charge, être conseillé et informé par le médecin traitant sur la procédure à suivre, le type de pratique, les étapes de la procédure, les chances de succès, les possibilités de complications, les risques, les alternatives possibles, sur les frais, et sur toutes autres circonstances qui pourraient avoir de l'importance* »²²⁴⁶. En outre, « *indépendamment de cette consultation relative à l'information du couple, le médecin traitant doit faire part au couple de la possibilité de se rendre à une consultation médicale et à une consultation psycho-sociale* »²²⁴⁷. De plus, preuve de la centralité de la consultation : une consultation supplémentaire, maintenue en 2018²²⁴⁸, est nécessaire lorsque le couple est confronté à des procédures particulières, telles que celle du diagnostic prénatal²²⁴⁹, de l'accueil d'embryon ou de l'insémination avec tiers donneur²²⁵⁰. Cette exigence de consultation indique que plus la pratique est controversée, plus l'obligation d'entretiens se renforce ; plus la pratique est jugée problématique, plus la *surveillance* s'intensifie. On s'assure ainsi que ces différentes pratiques restent exceptionnelles et, plus encore, que l'individu comprend leurs implications.

²²⁴⁴ BaAK, *Richtlinie über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*, op. cit. : « *La consultation doit s'orienter autour des aspects médicaux, psychiques et sociaux de la fécondation artificielle. Il faut non seulement aborder la question des risques médicaux et des risques d'échec de la procédure de traitement mais également la charge physique et psychologique, en particulier pour la femme, d'une telle procédure, et souligner les autres alternatives (telles que l'adoption) qui peuvent exister* ».

²²⁴⁵ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir - le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, op. cit., voir notamment le résumé de l'ouvrage en quatrième de couverture.

²²⁴⁶ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1395.

²²⁴⁷ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1396 ; BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 6 et p. 16.

²²⁴⁸ BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, op. cit., point 2.4 par exemple.

²²⁴⁹ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1395 ; BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitspositionen*, Deutsches Ärzteblatt, 95, Heft 50, 11 décembre 1998, point 2.

²²⁵⁰ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1397 : « *Avant une insémination hétérologue, les futurs parents doivent faire l'objet d'une consultation sur les possibles problèmes psycho-sociaux et éthiques que soulève l'IAD. Les questions importantes de l'évolution future de leur relation et celle de l'information de l'enfant sur ses origines doivent être abordées. La consultation a lieu dans le cadre d'une discussion médicale ; dans ce cadre, on doit proposer aux parents une consultation qualifiée et approfondie par des médecins, des psychologues, des psychothérapeutes ou des centres de consultation psycho-sociaux* » ; BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 6.

752. Le système allemand place le médecin « *en position de contrôleur de l'accès à l'AMP* »²²⁵¹, et ce de manière encore plus marquée qu'en France, puisque la loi allemande ne fixe aucune condition d'accès. En Allemagne, le médecin interprète, en l'absence de tout autre organe régulateur, la totalité des dispositions législatives²²⁵². En l'absence de cadre législatif précis, le médecin dispose d'une grande marge d'appréciation. Pourtant, le rôle du médecin est loin de n'être que médical. En ce sens, l'ancienne directive de la chambre fédérale des médecins précisait en 2006 que « *si le médecin estime qu'une prise en charge prolongée et fiable de l'enfant à naître, et son accompagnement, ne semblent pas assurés, la mise en œuvre d'une méthode d'AMP est exclue dès le début* »²²⁵³. Le médecin doit ainsi vérifier la sincérité du désir d'enfant, ce qui comprend nécessairement une part de subjectivité. C'est le médecin qui interroge, contrôle, surveille et examine la légitimité de la demande²²⁵⁴ dans une série d'entretiens, dont le nombre n'est pas précisé par les textes. Ainsi, comme en France, « *parler est la clé de voûte du système* ».

753. Ainsi, en Allemagne, bien que l'État puisse sembler, à première vue, n'effectuer qu'un faible contrôle sur les comportements procréatifs individuels puisqu'il n'encadre que peu l'AMP ; en plaçant le médecin au cœur du système, il procède, en réalité, à une délégation de son pouvoir au corps médical, qui, lui, exerce un contrôle approfondi. Le contrôle sur les individus y est alors plus diffus, non autoritaire et *médicalisé*. On retrouve ainsi les mécanismes du biopouvoir. Preuve en est, le contrôle est justifié par le *faire vivre*. En effet, l'objectif premier de l'AMP est d'aider un couple à procréer et, par ce biais, à *faire naître* un enfant²²⁵⁵, donc de *faire vivre*. En outre, la directive de la Chambre fédérale précise que l'IAD peut être indiquée si une expertise génétique révèle qu'il existe, en cas d'utilisation du sperme de l'homme, un haut risque de transmettre à l'enfant une grave maladie génétique²²⁵⁶. L'AMP peut donc servir à empêcher la propagation de certaines maladies, ce qui n'est pas sans lien avec le *faire vivre*²²⁵⁷. Cela est encore plus manifeste en France où l'AMP est justifiée par - et structurée autour - du paradigme de *santé publique*²²⁵⁸. À l'aune de ces finalités et des outils que le droit utilise pour encadrer l'AMP - articulé autour d'une *biopolitique déléguée* - il semble que le droit de la procréation, dans son pendant positif, puisse ainsi être pensé comme un vecteur du biopouvoir. La mise en place d'un modèle biopolitique de gestion des comportements procréatifs, fondé sur la *surveillance* (molle) et non sur la sanction (contraignante) justifie que soient

²²⁵¹ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 31.

²²⁵² *Ibid.*

²²⁵³ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1400.

²²⁵⁴ Pour une critique du pouvoir médical : Schlussbericht der Ethikkommission, *Recht und Ethik*, op. cit., p. 107.

²²⁵⁵ Cf. *infra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

²²⁵⁶ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 1394.

²²⁵⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

²²⁵⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 1).

autorisées des techniques de médecine reproductive, fussent-elles potentiellement attentatoires à la vie.

Conclusion du chapitre 2

754. Ce ne sont pas exactement les mêmes paradigmes qui travaillent la question de l'AMP en France - où la question de la protection de la *vie in vitro* n'est pas un élément structurant le droit positif - et en Allemagne - où le paradigme du droit à la vie y est bien plus important. Néanmoins, dans les deux cas, c'est bien une gestion biopolitique des comportements procréatifs en matière d'AMP qui est mise en place et qui justifie tant sa légalisation que l'autorisation collatérale d'éventuelles atteintes à la *vie in vitro*. En France, même si les discussions bioéthiques sont soutenues par une forte rhétorique axiologique - qui participe clairement à la légitimation de l'AMP - le droit positif, lui, ne se structure pas autour d'une opposition entre différents droits *individuels* mais autour du modèle de la *médicalisation*. Même si ce modèle n'empêche pas la sauvegarde de certains intérêts individuels - comme le désir d'enfant - il s'inscrit toutefois dans une logique différente de celle qui sous-tend le paradigme des droits individuels ou fondamentaux. En effet, la logique de *médicalisation* se fonde sur une forte *pathologisation* de la stérilité. C'est l'une des raisons pour lesquelles ce sont les droits de la *santé publique*, le droit administratif et le droit social qui réglementent la question. En Allemagne, la question fait toujours l'objet d'un encadrement constitutionnel et pénal, notamment car ces deux branches du droit sont jugées adaptées et nécessaires à la protection des droits individuels : elles sont réputées mieux mettre en lumière les *valeurs* que l'ordre juridique entend protéger²²⁵⁹. Cependant, en Allemagne, les sanctions pénales prévues par les textes ne sont accompagnées d'aucun mécanisme de contrôle²²⁶⁰. Il est ainsi difficile de s'assurer que les médecins respectent bien le cadre prévu par la loi sur la protection de l'embryon. Concrètement, c'est donc le corps médical qui régit et régule la mise en œuvre de l'AMP, de telle sorte qu'il est bien possible de considérer qu'elle est *médicalisée* par le dispositif allemand. Dans les deux pays, ce n'est donc pas face à la montée en puissance de l'autonomie procréative que s'incline la protection juridique de *zoe*, mais face à la construction d'un modèle de biopolitique déléguée. Ce n'est pas l'idée de *choix* procréatif qui explique que des brèches aient été permises dans la protection juridique de la *vie nue* mais la mise en place d'une nouvelle forme de gestion des comportements procréatifs, articulée autour de la *pathologisation* de la stérilité ; logique médicale qui s'oppose, au moins en partie, on l'a vu, à la logique autonomiste.

²²⁵⁹ Voir notamment, KELLER R., « Fortpflanzungstechnologie und Strafrecht », in GÜNTHER H.L., KELLER R. (dir.), *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik - Strafrechtliche Schranken*, Heidelberg Mohr Siebeck, 1991, p. 193.

²²⁶⁰ Voir notamment, GÜNTHER H.L., TAUPITZ J., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz - Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen*, op. cit, p. 100.

Conclusion du titre 2

755. Le droit de l'AMP, à l'instar du droit de la contraception et de l'avortement, est ainsi fondé sur - et légitimité par - sa *médicalisation*. Le système est fondé sur des mécanismes non contraignants : une *surveillance médicale*, à laquelle peut s'ajouter la mise en œuvre de certaines techniques de subjectivation, telle que la *responsabilisation*. Le but est de « faire concéder [l'individu] par un consentement officiel »²²⁶¹. Le remplacement de méthodes coercitives par des moyens de surveillance diffus fondés sur la surveillance médicale et la participation directe de l'individu à la gestion de ses comportements procréatifs permet de renforcer l'idée selon laquelle il s'agirait, si ce n'est d'une nouvelle liberté, au moins d'une question de choix. Ce n'est toutefois pas autour d'un paradigme libéral *stricto sensu* que se structure la loi, en matière de contraception, d'avortement ou d'AMP, qui cherche surtout à limiter les abus qui pourraient découler de la consécration d'une telle liberté. Comme le souligne Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ : « Si politiquement, la procréation et l'enfantement sont devenus des questions de choix, juridiquement, ils peinent à être construits comme un droit souverain et autonome. L'autonomie personnelle n'est pas l'autodétermination, au sens radical que peut avoir ce terme »²²⁶². Ainsi, le discours bioéthique reste fondé sur une « méfiance à l'égard de l'individu quant à sa capacité à disposer de sa vie et de son corps ». Il importe dès lors « d'introduire entre le sujet et la satisfaction de sa demande, entre lui et son corps, des contraintes de temps, de lieu, d'argent, ainsi que, l'ombre, mais seulement portée, d'une figure régulatrice : le médecin sous le "médical" »²²⁶³. En France comme en Allemagne, c'est la réalisation d'un biopouvoir qui traverse, à des degrés différents dans les deux pays, les libertés procréatives.

²²⁶¹ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole*, op. cit., p. 303.

²²⁶² HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., « La procréation est-elle devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical », in VERGES E., *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?* Paris, Litec, 2011, p. 172 ; BORRILLO D., « Bioéthique à la française et paternalisme d'État », op. cit. : « Le cadre permet alors de lutter contre les craintes liées à ce paradigme dans les sociétés post-modernes, présentées comme envahies par l'ultra-individualisme, l'inflation des droits subjectifs, les caprices et les prétentions les plus arbitraires ».

²²⁶³ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole*, op. cit., p. 102.

Conclusion de la partie 1

756. Si la valeur de la vie est affirmée avec force par les ordres juridiques français et allemand - ce dernier plaçant la *valeur* de la vie au sommet de la hiérarchie des normes - ce premier temps de la thèse se sera attaché à démontrer que celle-ci ne fait néanmoins pas l'objet d'une protection continue, linéaire ou absolue. Bien au contraire, l'analyse aura révélé que le droit procède à des catégorisations et des hiérarchisations des différentes formes de vie. À une approche ontologique de la vie qui ne la pense que comme *zoe*, une approche plus biopolitique de celle-ci semble mieux permettre de comprendre et d'analyser l'encadrement juridique de la vie, en tant qu'elle permet d'appréhender cette dernière avant tout comme un *objet* sur lequel peut s'exercer le pouvoir politique. On met ainsi en évidence la manière dont ce dernier peut alors la manipuler ou la segmenter au gré des intérêts biopolitiques recherchés. Il peut ainsi *catégoriser* différentes formes de vie. Même s'il existe certaines divergences entre le droit français et allemand, les ordres juridiques autorisent tous les deux des atteintes à la vie anténatale afin que les individus puissent faire des choix procréatifs : que la vie avant la nidation ne soit pas protégée pour permettre le recours aux contraceptifs, que la vie de moins de 12 semaines ne soit pas protégée pour permettre l'interruption volontaire de grossesse, que la vie anténatale atteinte de graves affections ou susceptible de nuire à la santé de la femme enceinte ne soit pas protégée jusqu'à l'accouchement pour permettre l'interruption médicale de grossesse, ou encore que la vie *in vitro* détachée de tout projet parental ne soit pas protégée pour faciliter le recours à l'AMP. La vie n'est ainsi pas seulement appréhendée, par le pouvoir, par le droit, comme une *valeur* dont le respect s'imposerait en toutes circonstances mais aussi comme une entité biologique susceptible d'être ou de ne pas être protégée si la sauvegarde d'intérêts jugés supérieurs l'emporte. Précisément, la possibilité pour les individus de faire des choix procréatifs est potentiellement perçue comme un intérêt supérieur. Pour autant, cette possibilité ne résulte pas tant de la consécration, en amont, de certains aspects de la *liberté individuelle*, de l'*autonomie procréative* ou de *droits subjectifs* mais au regard de considérations plus collectives, en lien, justement, avec l'exercice du biopouvoir. L'encadrement juridique des questions procréatives, tant négatives que positives, est ainsi sous-tendu par des considérations *collectives*, visant à protéger la société dans son ensemble contre d'éventuelles dérives scientifiques²²⁶⁴ ou à protéger les différents protagonistes. Mais l'encadrement entend également protéger certains principes jugés fondamentaux, que ce soit ceux de la gratuité ou de l'anonymat du don, ainsi que certaines *valeurs*, à l'instar de la dignité humaine ou des valeurs familiales. En effet, on peut lire lors des débats de 1994 sur l'AMP, que celle-ci ne doit remettre en « *cause aucune des valeurs fondamentales*

²²⁶⁴ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

[...] [de la société] »²²⁶⁵ ou encore que l'AMP n'est accordée aux individus que si « elle ne [met] en cause aucune des valeurs fondamentales [...] inscrites dans la loi »²²⁶⁶.

757. Or, ces différentes valeurs, comme il importe de le voir maintenant, ont pour beaucoup à voir avec une certaine conception de l'institution familiale, que ce soit en matière d'AMP, comme le mettent en lumière ces citations, ou de contraception et d'avortement. En effet, tant au regard de la manière dont se sont construites les libertés procréatives (négatives et positives) que des limites qui persistent encore aujourd'hui en droit positif à leur exercice, il est possible de se demander si le droit entend réellement *faire vivre* toutes les formes de vie et *maintenir* toute la *population*. En effet, comment expliquer, par exemple, que l'être conçu de moins de 12 semaines ne soit pas protégé par les droits français et allemand au nom de la protection de la santé publique, mais que sa protection prime à nouveau sur la décision de la femme d'interrompre sa grossesse une fois passé ce délai ? Comment expliquer que le droit français n'autorise que les couples atteints d'une stérilité pathologique à accéder à une AMP alors même qu'il considère le désir d'enfant comme légitime ? L'une des réponses possibles à ces questions est liée à l'hypothèse selon laquelle le biopouvoir ne tend pas seulement à exercer un pouvoir positif sur la vie dans le but de *faire vivre* toutes les vies mais cherche surtout à *faire vivre* certaines vies. On pose alors la double hypothèse, d'une part, d'une fonction normalisatrice du biopouvoir dont l'exercice tend à *politiser* - à normaliser - la vie et, d'autre part, du rôle du droit comme vecteur de cette fonction normalisatrice. En effet, dans la mesure où les libertés procréatives ont été structurées autour d'un modèle biopolitique, qu'elles ont été traversées par la mise en œuvre du biopouvoir, leur régime est sous-tendu par des processus de *normalisation du vivant*. C'est en cela que l'analyse du droit de la procréation permet de mettre en évidence la manière dont le biopouvoir qui s'y exprime procède à la conversion de *zoe* en *bios*, en favorisant avant tout la création de la *vie bonne*.

²²⁶⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 93.

²²⁶⁶ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 93 ; voir également en ce sens, l'avant-projet de loi relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme, publié in Actes de colloques, *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales*, Paris, Litec, p. 119 : l'auteur qualifie l'accès à la PMA « de liberté des libertés » tout en précisant qu'il n'existe pas de « droits à devenir parent ».

PARTIE 2. LA CONSTRUCTION JURIDIQUE DE LA VIE BONNE (*BIOS*)

758. L'hypothèse de départ est fondée sur l'idée selon laquelle le droit de la procréation est sous-tendu par des processus de normalisation. Ces derniers tendent à favoriser non pas simplement la production de la *vie nue* - *zoe* - mais celle de la *vie bonne* - *bios* ; le présent travail se donnant pour objectif de cerner la conception de la normalité qui la sous-tend. Cette hypothèse se fonde notamment sur les travaux de Giorgio AGAMBEN qui considère que la sphère politique ne connaît pas de vie naturelle : soit elle l'évince, soit elle la transforme en vie politique. Ainsi, sommairement : la *zoe* doit se transformer en *bios*, au risque de disparaître. Pour Giorgio AGAMBEN, ce qui caractérise la démocratie moderne c'est qu'elle cherche constamment à transformer la vie *nue* en vie *bonne*, *zoe* en *bios*²²⁶⁷. Partant, le *faire vivre* est orienté : le biopouvoir ne cherche pas à *faire vivre zoe* - ce qui explique l'absence de protection juridique constante de la vie nue - mais *certaines* formes de vie seulement : *bios*. À travers l'étude notamment du droit de la procréation, qui constitue un vecteur du biopouvoir, il est possible d'observer que l'État cherche à convertir *zoe* en *bios*, qu'il *normalise* la vie, c'est-à-dire qu'il produit de la normalité.

759. Notre étude se fonde sur l'hypothèse selon laquelle c'est avant tout une certaine conception de la famille normale que le droit entend sauvegarder, voire même produire.

760. Au regard des dispositions juridiques qui tendent à interdire l'AMP aux couples homosexuels, la GPA au nom d'une certaine conception de la maternité ou l'autoconservation de leurs gamètes aux personnes trans - c'est-à-dire aux personnes pour qui le sexe assigné à la naissance ne correspond pas à leur identité de genre et qui demandent de ce fait à changer de sexe à l'état civil - il apparaît que la définition de la *bonne* parenté en droit est liée à une certaine représentation de l'institution familiale, et plus largement du genre. Le *bon* parent semble être celui qui se conforme aux normes de genre. En d'autres termes, le *bon* parent est celui qui entretient une relation hétérosexuelle et respecte le rôle parental qui lui en principe attribué en fonction de son sexe.

761. Par ailleurs, au regard des dispositions applicables à la stérilisation des personnes dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap, il semble également que le *bon* parent soit celui qui détient les capacités mentales suffisantes pour pouvoir élever correctement son enfant. En outre, dans la mesure où le droit autorise l'interruption médicale de grossesse en raison de l'état pathologique du fœtus, il semble aussi que la *bonne* vie anténatale soit celle dénuée d'anomalie physique ou génétique.

²²⁶⁷ Cf. *supra* (introduction).

762. Ainsi, la production de la famille normale suppose à la fois la production de *parents normaux* et *d'enfants normaux*. La présente hypothèse est donc que le droit de la procréation met en œuvre à la fois une normalisation de la *parenté* et une normalisation de la *vie* anténatale. Il s'assure par ce biais que la vie qui va naître sera aussi conforme que possible aux critères de la *vie bonne* : car elle détiendra elle-même les caractéristiques de cette vie bonne *et* car elle viendra au monde dans un cadre aussi idéal que possible à son *bon* développement : entourés par des parents normaux, de *bons* parents. Pour le démontrer, il importe de mettre en lumière les critères considérés par les ordres juridiques comme relevant de *bios*, que ce soit du point de vue de la vie à naître ou de la parenté. Il importe de déterminer les éléments que le droit prend en compte pour définir la *bonne* parenté - celle qu'il incitera ou aidera à procréer - ou la *bonne* vie anténatale - celle qu'il encouragera à naître ; et quelle est, par ce biais, l'image du parent ou de l'enfant *idéal* qu'il dessine.

763. Afin de mettre en lumière ces processus de normalisation de la *parenté* et de la *vie anténatale*, il convient d'analyser la manière dont le droit positif de la procréation, ainsi que les discours qui l'entourent, encouragent la production d'un certain modèle familial : celui qui correspond à une certaine conception du genre (**titre 1**) et de la normalité physique ou mentale (**titre 2**).

Titre 1. Construction juridique d'un standard de *vie bonne* et normes de genre

Titre 2. Construction juridique d'un standard de *vie bonne* et normalité

764. Le droit de la procréation permet la mise en œuvre de processus de normalisation de la parenté. Ces processus favorisent la procréation des personnes considérées comme susceptibles de devenir de *bons* parents. Par ce biais, le droit de la procréation assure la production de la famille *normale* pensée comme le cadre idéal et nécessaire à la bonne transformation de *zoe* en *bios*. Or, en ce qui concerne la parenté, l'analyse cherchera à montrer que le *bon* parent est celui qui respecte les normes de genre, c'est-à-dire la répartition traditionnellement établie des fonctions parentales en fonction du sexe de chacun des parents. Une famille *normale* est ainsi constituée « *d'un papa et d'une maman* »²²⁶⁸. Ces deux fonctions sont, en outre, jugées *naturellement* complémentaires l'une de l'autre. La complémentarité n'est toutefois pas ici synonyme d'égalité car « *à chaque sexe sont associés des préjugés et des stéréotypes qui mènent à des inégalités et des discriminations* »²²⁶⁹. Les processus de normalisation semblent notamment davantage opérer en matière de *maternité* que de *paternité* : la maternité est considérée par le droit comme une fonction fondamentalement et *naturellement* plus importante pour les femmes que la paternité pour les hommes. Le droit procède en effet à une naturalisation de la maternité, c'est-à-dire qu'il l'appréhende comme un fait naturel, comme si c'était la *nature* - et non le droit - qui fondait et définissait la maternité. Mais la normalisation de la parenté suppose également - outre le respect de rôles parentaux genrés - la sauvegarde du modèle hétérosexuel, condition *sine qua non* de l'exigence de complémentarité des sexes. Naturalisation de la maternité et normalisation de l'institution familiale sont ainsi les deux volets essentiels du genre²²⁷⁰ que le droit tend à maintenir.

765. Pour le mettre en lumière et montrer que, *via* le droit de la procréation, la famille est l'un des lieux d'expression du biopouvoir²²⁷¹ - le concept de genre apparaît en effet comme un outil utile à l'analyse du droit. Pour le prouver, il importe, à titre liminaire, de tenter de le définir sommairement et d'expliquer l'apport qu'il peut constituer pour l'analyse juridique.

²²⁶⁸ CE, *Sciences de la vie, de l'éthique en droit, étude du Conseil d'État* - dit « Rapport Braibant », Paris, La documentation française, 1988, p. 57.

²²⁶⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'analyse juridique du genre », in ENCINAS DE MUNAGORRI R., HENNETTE-VAUCHEZ S., MIGUEL HERRERA C., LECLERC O., *L'analyse juridique de (X), le droit parmi les sciences sociales*, *op. cit.*, p. 115.

²²⁷⁰ La notion de genre n'est pas dénuée d'ambiguïtés car elle désigne à la fois une catégorie normative et un outil critique - FASSIN E., « L'empire du genre », *op. cit.*, p. 378. Voir aussi, HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., « Introduction générale », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le genre : étude critique du droit français*, Paris, CNRS édition, p. 13 ; DELPHY C., *L'ennemi principal 2, Penser le genre*, Paris, Syllepses, 2013 p. 52 .

²²⁷¹ Voir notamment, MAZABRAUD B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *op. cit.*, p. 155.

766. **Propos liminaire.**

Le genre n'est pas aisé à circonscrire, tant la notion est polémique²²⁷² et utilisée de manière polysémique²²⁷³. Cela étant, deux grandes acceptions successives de cette notion peuvent être identifiées. Dans une première acception, datant des années 1970, le genre est défini comme un sexe social, c'est-à-dire comme un « *sexe socialement et culturellement construit [...] qui s'oppose au sexe biologique ou anatomique* »²²⁷⁴. Le genre renvoie dès lors aux « *rôles sociaux de sexe* »²²⁷⁵. Il s'agit donc d'une redéfinition du sexe, « *depuis une notion strictement biologique (mâle/femelle) vers une notion sociopolitique (masculin/féminin) [qui] permet de saisir la manière dont un contexte social politique et culturel façonne les rôles ou rapports sociaux de sexe* »²²⁷⁶. Le genre renvoie donc à une « *construction socio-culturelle des identités féminine et masculine* » qui sont jugées complémentaires mais hiérarchisées au détriment des femmes²²⁷⁷ (sens 1). Cependant, parce qu'elle « *laisse supposer l'existence entre les hommes et les femmes, d'une différence biologique donnée, d'une nature pré-sociale sans interroger la notion même de sexe biologique* »²²⁷⁸, cette première acception est critiquée. Dans sa seconde acception, développée à partir des années 1980, le genre « *ne désigne plus seulement la construction sociale du masculin et du féminin, mais il permet de concevoir [...] le processus même de division des individus en deux catégories sexuées* »²²⁷⁹. Il désigne « *le processus même de production par lequel les sexes sont eux-mêmes établis* »²²⁸⁰. Le genre devient ainsi « *une assignation à un sexe social, c'est-à-dire un dispositif d'identification* »²²⁸¹. Ainsi, « *le genre précède le sexe* »²²⁸². Le concept de genre renvoie « *aux dispositifs par lesquels le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit,*

²²⁷² Dans le même sens, voir notamment FONDIMAIRE E., « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme*, 5/2014, §1.

²²⁷³ En ce sens, voir notamment, FASSIN E., « L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outil conceptuel », *L'homme*, 2008/3, n° 187-188, p. 378; voir également BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAI A., REVILLARD A., *Introduction aux Gender Studies - Manuel des études sur le genre*, Paris, De Boeck, 2011, p. 22.

²²⁷⁴ FONDIMAIRE E., « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, 5/2014, §4.

²²⁷⁵ ZAÏDMAN C., « Introduction », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL D., PLANTE C., RIOT-SARCEY M., ZAÏDMAN C., *Le genre comme catégorie d'analyse*, Paris, Harmattan, 2003, p. 16.

²²⁷⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le genre : étude critique du droit français*, Introduction générale, *op. cit.*, p. 11-12.

²²⁷⁷ ZAÏDMAN C., « Introduction », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL D., PLANTE C., RIOT-SARCEY M., ZAÏDMAN C., *Le genre comme catégorie d'analyse*, *op. cit.*, p. 16.

²²⁷⁸ LÖWY I., ROUCH H., « Genèse et développement du concept de genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, n° 34, 2003/1, p. 8, cité par FONDIMAIRE E., « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *op. cit.*, §4.

²²⁷⁹ *Ibid.*

²²⁸⁰ PLANTE C., « Le genre, un concept intraduisible ? », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL D., PLANTE C., RIOT-SARCEY M., ZAÏDMAN C., *Le genre comme catégorie d'analyse*, *op. cit.*, p. 128.

²²⁸¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'essentiel », *Chronique REGINE, Dalloz*, 2013, p. 1235.

²²⁸² DELPHY C., « Penser le genre : quels problèmes ? », in HURTING M.C., KAIL M., ROUCH G., *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS éditions, 2003, p. 89-102; sur le caractère construit du sexe biologique, voir également, FAUSTO STERLING A., *Corps en tous genres*, La découverte, 2012.

classe et discipline les individus»²²⁸³. Dans cette seconde acception, le concept de genre ne met pas seulement en lumière les constructions sociales qui façonnent le sexe (sens 1) mais indique que « *le genre est cette division* »²²⁸⁴ (sens 2).

767. Le concept de genre peut être un outil utile à l'analyse du droit de la procréation, notamment car il permet d'interroger les logiques profondes de la parenté. En effet, on verra que l'encadrement juridique de la reproduction humaine accorde à la nature une place centrale²²⁸⁵. Ainsi, la définition de la parenté, et plus encore de la maternité, sont volontiers présentés en droit comme fondée sur le respect des lois de la nature. Il est vrai qu'il s'agit d'un domaine où, parce que le *corps* joue un rôle central, il semble impossible d'oublier complètement le *sexe anatomique*. Dès lors, le domaine de la procréation est particulièrement significatif pour comprendre que le droit fait parfois passer pour naturelles des inégalités reposant sur des rôles sociaux construits, alors même que d'autres constructions étaient possible : par exemple, une absence de correspondance nécessaire entre le sexe biologique et le sexe parental auraient pu être envisagée en matière de procréation. En effet, que des gamètes sexuellement différenciés - spermatozoïde et ovocyte - soient nécessaires à la procréation n'implique pas nécessairement qu'un homme et une femme, soient, en tant que catégories sociales et juridiques, nécessaires à la procréation, ni même qu'ils doivent nécessairement être considérés comme les parents de l'enfant. Pourtant, il sera donné à voir que les dispositions juridiques relatives à la procréation sont construites sur une certaine représentation « naturalisée » ou « biologisante » des rôles de genre²²⁸⁶. Le droit de la procréation pérennise notamment la séparation traditionnellement établie entre, d'une part la sphère publique considérée comme masculine et la sphère privée considérée comme féminine ; séparation qui « *charrie, à son tour, une division sexuelle du travail entre la sphère productive (hommes) et la sphère reproductives (femmes)* »²²⁸⁷.

768. Le genre, en tant qu'outil, permet de souligner, dans ces deux acceptions, que ces inégalités ne sont pas irréductibles à des lois biologiques²²⁸⁸. En effet, « *la distinction entre le sexe et le genre a [...] permis de rompre la relation de causalité communément supposée entre les corps sexués et plus largement l'ordre*

²²⁸³ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le genre : étude critique du droit français*, Introduction générale, *op. cit.*, p. 12-13.

²²⁸⁴ DELPHY C., *L'ennemi principal 2, Penser le genre*, *op. cit.*, p. 52.

²²⁸⁵ Cf. *supra* (introduction).

²²⁸⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., « Introduction générale », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le genre : étude critique du droit français*, *op. cit.*, p. 10.

²²⁸⁷ *Ibid.*, p. 11-12.

²²⁸⁸ BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAI A., REVILLARD A., *Introduction aux Gender Studies - Manuel des études sur le genre*, *op. cit.*, p. 18.

naturel ou biologique d'une part et les rapports sociaux inégaux entre hommes et femmes d'autre part »²²⁸⁹. L'un des enjeux premiers du genre est ainsi la « dénaturalisation » des inégalités²²⁹⁰. Le genre « souligne que bon nombre de règles juridiques apparemment fondées, hier et aujourd'hui, sur le sexe sont en fait fondées sur le genre au sens de sexe social et non biologique »²²⁹¹. Il permet de faire « éclater les visions essentialistes de la différence des sexes, qui consistent à attribuer des caractéristiques immuables aux femmes et aux hommes en fonction, le plus souvent, de leurs caractéristiques biologiques »²²⁹². Une telle analyse permet également de lutter contre la neutralité apparente des énoncés juridiques²²⁹³.

769. Une analyse du droit de la procréation à l'aune du concept de genre permet ainsi de dévoiler²²⁹⁴ les processus de normalisation de la parenté mis en œuvre par le droit. Ces processus supposent à la fois d'encourager, en amont, les supposés *bons* parents à se reproduire et, en aval, à respecter une répartition genrée des rôles parentaux. On cherchera ainsi à montrer que la normalisation de la parenté suppose d'encourager les *bons* parents à procréer et les *mauvais* parents à ne pas se reproduire. Cela suppose également d'encourager les *femmes* à se consacrer pleinement à leur rôle de *mère*, bien plus que d'encourager les *hommes* à se consacrer pleinement à leur rôle de *père*. En tout état de cause, cette normalisation suppose d'influencer, en amont, la décision de devenir ou de ne pas devenir parent et, en aval, la manière dont les personnes vont exercer leur rôle de parent. Cela implique dès lors de jouer tant sur le pendant positif que négatif de la procréation des individus. Pour montrer que le droit met en œuvre une normalisation de la parenté, il importe en de s'intéresser tant à ce que dit le droit de la décision de ne pas devenir parent, c'est-à-dire au pendant négatif du droit de la procréation (**chapitre 1**) qu'à ce qu'il dit de la décision de devenir parent, même en cas d'impossibilité physiologique, c'est-à-dire au pendant positif du droit de la procréation (**chapitre 2**).

Chapitre 1. La normalisation de la parenté en droit de la procréation négative

Chapitre 2. La normalisation de la parenté en droit de la procréation positive

²²⁸⁹ DORLIN E., *Sexe, Genre et sexualité*, Paris, PUF, 2008, p. 39.

²²⁹⁰ BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAS A., REVILLARD A., *Introduction aux Gender Studies - Manuel des études sur le genre* ; De Boeck, 2011, p. 18.

²²⁹¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., « Introduction générale », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le genre : étude critique du droit français*, op. cit., p. 11-12.

²²⁹² BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAS A., REVILLARD A., *Introduction aux Gender Studies - Manuel des études sur le genre*, op. cit., p. 6.

²²⁹³ BELLEAU M.C., « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD Civ.*, 2001, p. 1 : Il permet la « critique du postulat de la neutralité sexuelle du système et du raisonnement juridique. » ; voir également SACKSOFSKY U., « Was ist feministische Rechtswissenschaft ? », *ZRP* 2001, Heft 9.

²²⁹⁴ CATTO M.X., GATÉ J., GIRARD C., HENNETTE-VAUCHEZ S., VERGEL-TOVAR C., « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *Ce que le genre fait au droit*, op. cit., p. 21 .

770. Le présent chapitre entend démontrer que les dispositions juridiques applicables au pendant négatif de la procréation, autrement dit à la contraception et à l'avortement, tendent à normaliser la parenté, c'est-à-dire à la façonner à l'aune d'une conception *idéale* de la *bonne* parenté. Par ce biais, ces dispositions visent à favoriser la naissance de la *vie bonne*, de *bios*, dans un cadre adapté à son développement. Deux aspects doivent toutefois être distingués :

771. Dans un cas, la normalisation de la parenté joue sur les comportements procréatifs à des fins *quantitatives*. Le droit encourage les individus à procréer, à devenir parents, à des fins démographiques. Ce processus sert les finalités du *biopouvoir* : *faire vivre* et *maintenir la population*. La normalisation se manifeste ici par une *incitation* à la procréation car l'enfantement est nécessaire à la survie de la nation. Cependant, c'est bien davantage sur les femmes que sur les hommes que va peser la charge du *maintien de la population* puisque la réalisation du *faire vivre* - qui se matérialise ici sous la forme de politiques natalistes - suppose nécessairement d'enjoindre les femmes à enfanter. Les ordres juridiques dessinent à cette occasion l'image du citoyen idéal. Le *bon* citoyen - l'archétype de la personne « normale » - devrait accepter d'enfanter pour assurer le maintien de la population. Plus encore une *bonne* citoyenne - l'archétype de la femme « normale » - devrait accepter de supporter le poids de la grossesse et l'accouchement pour assurer la pérennité de la communauté (**section 1**).

772. Dans un autre cas, ce n'est pas seulement à des fins *quantitatives* mais également *qualitatives* que jouent les processus de normalisation de la parenté. Ils ne tendent pas seulement à encourager les personnes à devenir parent afin de favoriser la multiplication de la vie mais entendent aussi renforcer une certaine conception des rôles parentaux et tout particulièrement de la maternité. La normalisation opère ici sur la manière dont s'exercent ces rôles. Le droit encourage une répartition genrée des rôles parentaux et, notamment, l'idée selon laquelle les femmes devraient davantage que les hommes se consacrer aux fonctions parentales. En effet, le droit *normalise* davantage la maternité que la paternité, c'est-à-dire qu'il appréhende davantage les femmes comme des *mères* que les hommes comme des pères, ces premières étant jugées *naturellement* plus aptes à exercer des prérogatives parentales que les hommes. Il ressort alors de l'analyse du droit que le modèle idéal-typique de la femme « normale » correspond à celui de la femme qui aspire non seulement à s'occuper des enfants mais également à ne pas renoncer à la maternité (**section 2**).

Section 1 La normalisation de la parenté à des fins quantitatives

Section 2 La normalisation de la parenté à des fins qualitatives

Section 1. La normalisation de la parenté à des fins quantitatives

773. Le droit de la procréation négative tend à inciter les individus à l'enfantement à des fins *natalistes*, c'est-à-dire pour assurer le *maintien de la population*. La normalisation de la parenté opère ici par une normalisation des comportements procréatifs : par une incitation à l'enfantement, à devenir parent, le droit encourageant par ce biais l'idée selon laquelle le comportement procréatif idéal est celui qui conduit à enfanter pour assurer la survie de la nation. Cela est assez visible sur le plan historique. En effet, historiquement, la pénalisation de la contraception et de l'avortement entend, avant tout, à des degrés différents en France et en Allemagne, assurer une protection *collective* de la vie en luttant contre le déclin démographique. En cherchant à protéger la natalité, la répression de la contraception et de l'avortement astreint alors les individus à la procréation, faisant peser en particulier sur les femmes (sexuellement actives) le poids de cette répression. Le droit normalise leurs comportements procréatifs, considérant qu'un *bon* rapport sexuel est un rapport procréatif (**sous-section 1**). Depuis la libéralisation de la contraception et de l'avortement, le droit a cependant relâché sa contrainte : ni les individus, ni les femmes, ne sont désormais contraints de procréer. Cela étant, il serait illusoire de croire qu'aujourd'hui le droit de la procréation ne tend plus à *faire vivre* ou à accroître la natalité. Ce n'est certes plus par le biais de la sanction pénale que se poursuit l'objectif démographique mais il persiste malgré tout. Il se concrétise désormais par les outils privilégiés du biopouvoir : par le biais d'incitations financières et d'injonctions diffuses ; caractéristiques des changements de modalités d'exercice du pouvoir sur la vie. Le droit tend toujours à normaliser la parenté, incitant les individus à devenir parents, les encourageant à *multiplier* la vie²²⁹⁵. L'ordre juridique reste ainsi réticent à admettre qu'on ne puisse pas vouloir enfanter, comme si une *bonne* personne devrait nécessairement vouloir devenir parent (**sous-section 2**).

Sous-section 1. La répression de la contraception et de l'avortement

774. En France, l'enjeu démographique est un élément absolument central de la répression de la contraception et de l'avortement. Ainsi, contrairement à ce qui est souvent pensé, ce n'est pas essentiellement la protection de la vie anténatale *individualisée* - comme nous l'avons déjà montré - qui explique l'interdiction faite aux individus sexuellement actifs de renoncer à devenir parent²²⁹⁶. La crainte d'une chute démographique explique, à titre principal, l'interdiction faite aux femmes de disposer de leur corps. La répression poursuit jusqu'à sa suspension en 1975 une finalité *collective* :

²²⁹⁵ BOBBIO N., *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p. 52.

²²⁹⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

inciter à procréer pour la nation. Il en va de même en Allemagne jusqu'en 1945. Même si l'idée d'une nécessaire protection de la vie anténatale apparaît davantage qu'en France, l'argument démographique est également l'un des enjeux de la pénalisation. À ces fins, le droit incite, voire contraint les personnes sexuellement actives à devenir parents, et plus encore les femmes à supporter le poids de la grossesse et de l'accouchement. Il standardise leurs comportements sexuels - afin qu'ils soient féconds - et, partant, leur parenté (I). En revanche, 1945 marque en Allemagne une rupture dans les justifications juridiques apportées jusqu'alors à la répression de l'avortement. Si en France, le paradigme dominant de la pénalisation reste jusqu'en 1975 celui de la démographie, après 1945, en Allemagne, c'est le paradigme du droit à la vie qui devient absolument central. Cependant, même si la répression de la contraception et de l'avortement - et la normalisation des comportements procréatifs qui l'accompagne - ne peut plus être explicitement justifiée par des arguments démographiques, cela ne signifie pas que de telles considérations disparaissent (II).

I. La normalisation de la parenté à des fins quantitatives avant 1945

775. C'est une crainte de la dénatalité²²⁹⁷ - une brèche dans *le maintien de la population* - qui explique, particulièrement en France, mais également en Allemagne, que le droit contraint les individus et particulièrement les femmes à l'enfantement en les empêchant d'accéder à la contraception (A) et à l'avortement (B).

A. La répression de la contraception

776. En France, au début du 20^{ème} siècle, l'accès à la contraception est indirectement empêché par le droit. Il n'est pas expressément interdit en France où, à la différence de l'avortement, aucune disposition pénale n'interdit explicitement l'accès à la contraception. Mais un certain nombre de dispositions légales tendent à restreindre son accès afin de protéger la natalité²²⁹⁸.

777. En premier lieu, l'application faite par le juge des lois du 2 août 1882 et du 16 mars 1897, relatives aux outrages aux bonnes mœurs, permet la pénalisation des publications néomalthusiennes qui tendent à encourager l'utilisation de contraceptifs. Ainsi, dans une décision du tribunal correctionnel de Paris de 1907, le juge considère notamment que les publications néomalthusiennes qui encouragent les femmes à utiliser une contraception constituent des outrages

²²⁹⁷ FERNALEGUEN (Francis), «Le corps de la femme et la biomédecine en droit français», in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine, op. cit.*, p. 98.

²²⁹⁸ Voir, par exemple, CC, chambre criminelle, 3 et 10 décembre 1925, *Dalloz*, 1926, p. 97 : «*La vente ou mise en vente de dispositifs ayant pour but de prévenir la grossesse suffit, indépendamment de tout acte extérieur de propagande anticonceptionnelle, à constituer le délit*».

aux bonnes mœurs car ces publications nuisent à la natalité : la contraception « *heurte ce devoir patriotique [la procréation] sur lequel repose la vie des peuples civilisés et qui a inspiré une grande partie de nos lois [...] qu'elle contient des invectives contre la patrie et exhorte les femmes à se révolter contre elle [...]* »²²⁹⁹ et qu'elle est « *antisociale [car elle] [...] serait pour la nation [...] une cause certaine d'affaiblissement* »²³⁰⁰.

778. Par la suite, la loi du 31 juillet 1920 interdit plus expressément la « *propagande anticonceptionnelle* »²³⁰¹ puisque l'article 3 dispose que « *sera puni d'un mois à six mois de prison et d'une amende de cent francs à cinq mille francs quiconque, dans un but de propagande anticonceptionnelle, aura, par l'un des moyens spécifiés aux articles 1^{er} et 2, décrit ou divulgué, ou offert de révéler des procédés propres à prévenir la grossesse ou faciliter l'usage de ces procédés* ». La diffusion de tous les discours prônant l'usage de contraceptifs est ainsi empêchée, ce qui entrave fortement l'accès effectif aux contraceptifs modernes. Lors des discours parlementaires qui précèdent l'élaboration de cette loi, il est visible qu'elle est guidée par des considérations natalistes, les députés insistant notamment sur « *la crise actuelle de dépopulation* »²³⁰². Ils présentent cette loi comme « *véritable mesure de salut national* »²³⁰³. L'article 3 de la loi de 1920 précise que « *les mêmes peines seront applicables à quiconque, par l'un des moyens énoncés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1891, se sera livré à une propagande anticonceptionnelle ou contre la natalité* »²³⁰⁴. En effet, en raison notamment des pertes humaines de la Première Guerre mondiale, les pouvoirs publics craignent un véritable déclin démocratique. Lucien NEUWIRTH présente la loi de 1920 comme, « *indubitablement, une loi de circonstance faite pour compenser la terrible hémorragie causée par la Première Guerre mondiale* »²³⁰⁵ tandis que d'autres députés considèrent que « *toujours condamnable [la propagande anticonceptionnelle], devient criminelle au lendemain d'une guerre aussi effroyable que celle que nous venons de subir, alors que la France, pour poursuivre ses destinées, a le plus impérieux besoin d'augmenter sa*

²²⁹⁹ Tribunal correctionnel de Paris, 22 mars 1907, Dalloz périodique, 1907, 2, p. 191.

²³⁰⁰ *Ibid.*

²³⁰¹ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, JO, 1^{er} août 1920 page 3666.

²³⁰² Voir également, Sénat, 10 juin 1920, Paul Strauss, p. 938 ; Sénat, séance 2 du 29 juillet 1920, Guillaume Poulle Héron Chéron p. 1562 ; Chambre des députés, 23 juillet 1920, Edouard Ignace, p. 3068 ; Chambre des députés, 23 juillet 1920, Adolphe Pinard, p. 3070 ; AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth : « *Qu'était la loi de 1920 ? Indubitablement une loi de circonstance faite pour compenser la terrible hémorragie causée par la Première Guerre mondiale* ».

²³⁰³ NEUWIRTH L., *Rapport de l'Assemblée nationale concernant la prophylaxie anticonceptionnelle*, n° 2203, 1966, p. 8. Dans le même sens : Sénat, 10 juin 1920, Gustave Lamarzelle, p. 937 ; Sénat, 10 juin 1920, Paul Strauss, p. 938 ; Sénat, séance 2 du 29 juillet 1920, Guillaume Poulle Héron Chéron p. 1562 ; Chambre des députés, 23 juillet 1920, Edouard Ignace, p. 3068 ; Chambre des députés, 23 juillet 1920, Adolphe Pinard, p. 3070 ; LAFARGE R., *Rapport au nom de la Commission de la Législation civile et criminelle*, n° 2203, p. 8.

²³⁰⁴ Article 3 de la loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, JO, 1^{er} août 1920 page 3666.

²³⁰⁵ AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Lucien Neuwirth.

natalité»²³⁰⁶. Le contexte particulier de l'époque explique ainsi l'incitation faite aux individus de procréer.

779. En Allemagne, à partir des années 1910, les premiers arguments expressément natalistes apparaissent²³⁰⁷. Même s'ils ne ressortent pas explicitement du droit positif, les discours juridiques de l'époque indiquent que de telles considérations soutiennent l'élaboration du droit. Les motifs d'un projet de loi de 1910 - qui vise notamment la limitation du commerce contraceptif²³⁰⁸ - disposent, en ce sens, que « *ces produits ne nuisent pas seulement à la santé publique mais également à la fécondité. Celle-ci doit toutefois rester, malgré la récente augmentation de la natalité en Allemagne, une constante* »²³⁰⁹. Le projet est ainsi justifié par « *l'influence de la menaçante dépopulation* »²³¹⁰. Un autre projet de loi visant aussi à pénaliser l'entrave aux grossesses précise qu'« *en raison des pertes subies pendant la guerre et de la forte baisse de la natalité pendant celle-ci, il pèse en effet tant sur l'homme que sur la femme une obligation accrue de ne pas empêcher la conception, la grossesse ou la naissance d'un être viable [...] [qu'il faut lutter contre le fait] que la conscience de l'importance de cette obligation s'est affaiblie de manière inquiétante tant chez certains médecins que dans certains cercles de la population* »²³¹¹. Certes, ces projets de loi échouent mais l'utilisation de l'argument démographique est saluée au parlement²³¹². De même, en 1908²³¹³, le chancelier rappelle que l'interdiction des moyens de contraception « *est d'une importance fondamentale pour le futur politique et économique de la nation tout entière* »²³¹⁴. De la même manière, en 1917, une commission de lutte contre le *déclin national* est créée et a, notamment, pour objectif de lutter contre l'accès à la contraception²³¹⁵.

780. C'est ainsi bien le maintien de la démographie qui justifiait, en France, de restreindre l'accès à la contraception, en pénalisant notamment toutes les paroles et tous les actes visant

²³⁰⁶ Propos de René Lafarge cités par NEUWIRTH L., *Rapport de l'Assemblée nationale concernant la prophylaxie anticonceptionnelle*, *op. cit.*, p. 8. Dans le même sens, MOSSUZ J., « La régulation des naissances : les aspects politiques du débat », *Revue française de science politique*, n° 5, 1966. p. 913 puis p. 916 : « *La guerre a eu des conséquences tragiques pour la France : le pays est saigné à blanc et redoute une Allemagne dont la population est plus dense* ».

²³⁰⁷ Voir le projet de loi de 1919 contre les abus dans le domaine de la santé : Entwurf eines Gesetzes gegen Missstände im Heilgewerbe, 18 novembre 1910.

²³⁰⁸ *Ibid.* Le paragraphe 6 du projet de loi relatif aux « abus dans le domaine du commerce médical » prévoit que « *le Bundesrat peut interdire ou limiter la circulation d'instruments qui servent à empêcher la conception ou à éliminer une grossesse* ».

²³⁰⁹ *Ibid.*

²³¹⁰ USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, *op. cit.*, p. 30.

²³¹¹ Entwurf eines Gesetzes gegen Unfruchtbarmachung und Schwangerschaftsunterbrechung n° 1717, p. 2504 - Projet de loi du 4 juillet 1918 relatif à la lutte contre la stérilité et contre l'avortement.

²³¹² Débat parlementaire du 30 novembre 1910, Band 262, Dr. Fassbender, p. 3284, cité par DIENEL C., *Kinderzahl und Staatsräson : Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918*, *op. cit.*, p. 84.

²³¹³ DIENEL C., *Kinderzahl und Staatsräson : Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918*, *op. cit.*, p. 83.

²³¹⁴ *Ibid.*

²³¹⁵ En ce sens, voir aussi les recherches de JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zur Gegenwart*, *op. cit.*, p. 155.

l'encourager²³¹⁶. En Allemagne, bien que moins explicitement exprimée, et probablement moins centrale qu'en France, la préoccupation démographique n'était pas totalement absente des forces motrices de la réglementation juridique de la contraception. En raison du contexte d'après-guerre, le droit *normalisait* ainsi dans les deux pays les comportements procréatifs des individus de manière à ce qu'ils procréent pour la nation. Mais alors que les hommes se devaient surtout de remplir leurs obligations militaires au nom du *maintien de la population*, c'était davantage des obligations procréatives qui pesaient sur les femmes. Une telle répartition des tâches venait alors au soutien de la distinction traditionnellement établie entre la sphère reproductive (féminine) et productive (masculine). C'est avant tout sur les *femmes* que la répression de la contraception faisait peser le poids du *maintien de la population*, notamment car historiquement le droit n'a pas particulièrement protégé la liberté sexuelle des femmes. En effet, le viol conjugal n'était pas sanctionné par le droit pénal jusqu'en 1992²³¹⁷ en France et faisait l'objet d'un traitement de faveur²³¹⁸ jusqu'en 1997²³¹⁹ en Allemagne. Par conséquent, les maris ne pouvaient pas être sanctionnés en France - et seulement faiblement en Allemagne - s'ils contraignaient leurs épouses à entretenir des rapports sexuels. Ces dernières étaient contraintes d'avoir des relations sexuelles avec leur conjoint. En outre, l'activité sexuelle comptait à l'époque - et peut-être même encore aujourd'hui en France²³²⁰ - parmi les devoirs conjugaux²³²¹. Même s'il n'existait aucune obligation juridique de se marier - et donc d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint - la faiblesse de la protection juridique accordée aux femmes en matière d'agressions sexuelles²³²² limitait, de manière générale, leur autonomie sexuelle et procréative. Les femmes - en particulier mariées - ne décidaient pas toujours librement de la possibilité d'avoir un rapport sexuel potentiellement fécond. À l'époque où l'accès à la contraception était réprimé par le droit, la règle de droit a, dès lors, au moins implicitement,

²³¹⁶ MOSSUZ J., «La régulation des naissances : les aspects politiques du débat», *Revue française de science politique*, 16, n° 5, 1966, p. 913.

²³¹⁷ CC, chambre criminelle, 11 juin 1992, Bull Crim 1992, n° 232 : «*La présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne valent que jusqu'à preuve du contraire*». La loi du 4 avril 2006 introduit ensuite l'article 222-22 du Code pénal qui énonce que «*la présomption de consentement ne vaut que jusqu'à preuve du contraire*». L'article 222-22, alinéa 2, du Code pénal introduit par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants fait disparaître la présomption.

²³¹⁸ «*Privilegierung*»

²³¹⁹ §177 Dreiunddreizigste Strafrechtsänderungsgesetz - trente-troisième réforme pénale, du 1er juillet 1997.

²³²⁰ En Allemagne, le divorce pour faute n'existant plus depuis la loi du 16 juin 1976 (Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts, 15 juin 1976), certains auteurs affirment qu'il n'existe plus *d'un devoir implicite de reproduction au sein du mariage*. Voir sur ce débat, pour la jurisprudence, notamment, BGH, 21 février 2001, NJW, 2001, Heft 24, p. 1789. Pour la doctrine, BASSENGE P., BRUDERMÜLLER G., ELLENBERGER J., GÖTZ I., GRÜNEBERG C., SPRAU H., THORN K., WEIDENKAFF W., WEIDLICH D., *BGB Palandt Kommentar*, 72^{ème} édition, C.H. Beck, München, 2013. Voir aussi, FURKEL F., «La faute dans le divorce en droits français et allemand», *Revue internationale de droit comparé*, 1982, 34/4, p. 1153.

²³²¹ La jurisprudence a déduit une obligation de relations sexuelles de l'obligation de cohabitation posée par l'article 215 du Code civil : notamment, CA Lyon, 28 mai 1956 ; CA Lyon, 30 mai 2011, ; CA Aix-en-provence, 3 mai 2011. Voir aussi, BORRILLO D., «Fais-moi l'amour, sinon je divorce !», *Le monde*, 16 décembre 2011.

²³²² Voir sur cette question, EHRENREICH N. (dir.), *The Reproduction Rights Reader*, New York, New York University Press, 2008, p. 11.

consacré un devoir de procréation pour les individus et plus encore pour les femmes, en particulier mariées. Elles avaient l'obligation d'entretenir des relations sexuelles avec leur mari et d'assumer - en l'absence d'accès légal à la contraception - l'enfant susceptible d'en résulter, et ce, afin que soit assurée la survie démographique de la nation. Les femmes voyaient ainsi leur comportement sexuel et leur parenté *normalisés* par le droit. Cette assignation est, par ailleurs, renforcée par l'interdiction qui leur est par faite d'interrompre leur grossesse.

B. La répression de l'avortement

781. À des degrés différents et jusqu'à des périodes différentes, la France et l'Allemagne justifient la pénalisation de l'interruption de grossesse par la sauvegarde de la natalité.

782. En France, de 1810 à 1975, l'avortement est sanctionné par l'article 317 du Code pénal²³²³. Au cours du 20^{ème} siècle, cet article 317 est complété, ou modifié, par un certain nombre de textes qui font évoluer la législation dans le sens d'une répression toujours plus sévère. Tout d'abord, la répression de l'avortement est renforcée par la loi du 31 juillet 1920²³²⁴ et du 27 mars 1923²³²⁵. La première loi « *réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle* » sanctionne plus sévèrement les discours visant à encourager la pratique de l'avortement ainsi que la mise à disposition des moyens nécessaires à sa réalisation²³²⁶. La seconde marque en apparence un assouplissement de la répression puisqu'elle correctionnalise l'avortement²³²⁷ mais c'est en réalité

²³²³ Article 317 (version de 1810) : « *Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est ensuivi. Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu.* »

²³²⁴ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle, JO, 1^{er} août 1920, p. 10934.

²³²⁵ Loi du 27 mars 1923 modifiant les dispositions de l'article 317 du Code pénal sur l'avortement, JO, 29 mars 1923, p. 3122.

²³²⁶ Article 1 et 2 de la loi du 31 juillet 1920 : « *Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de cent francs à trois mille francs quiconque : soit par des discours proférés dans des lieux ou réunions publics ; soit par la vente, la mise en vente ou l'offre, même non publique, ou par l'exposition, l'affichage ou la distribution sur la voie publique ou dans les lieux publics, ou par la distribution à domicile, la remise sous bande ou sous enveloppe fermée ou non fermée, à la poste ou à tout agent de distribution ou de transport, de livres, d'écrits, d'imprimés, d'annonces, d'affiches, dessins, images et emblèmes ; soit par la publicité de cabinets médicaux ou soi-disant médicaux ; aura provoqué au crime d'avortement, alors même que cette provocation n'aura pas été suivie d'effet.* » L'article 2 précise ensuite que « *sera puni des mêmes peines quiconque aura vendu, mis en vente, ou fait vendre, distribué, ou fait distribuer, de quelque manière que ce soit, des remèdes, substances, instruments ou objets quelconques, sachant qu'ils étaient destinés à commettre le crime d'avortement, alors même que cet avortement n'aurait été, ni consommé, ni tenté et alors même que ces remèdes, substances, instruments ou objets quelconques proposés comme moyens d'avortement efficaces seraient, en réalité, incapables à les réaliser.* »

²³²⁷ Dans un article unique, la loi diminue les sanctions prévues par l'article 317 du Code pénal en matière d'avortement. En effet, désormais, « *quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs* » contre une peine de réclusion dans la version antérieure. Par ailleurs, « *sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de cent francs et à deux mille francs la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet si l'avortement s'en est suivi* » contre une peine de réclusion dans la version antérieure et « *les médecins officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens-dentistes, ainsi que les étudiants en médecine,*

pour rendre la répression plus efficace. En effet, par cette correctionnalisation, l'avortement n'est plus un crime mais devient un délit, qui n'est, dès lors, plus jugé par des jurés mais par des juges professionnels qu'on espère plus sévères²³²⁸. Par la suite, le décret-loi du 29 juillet 1939, nommé « *Code des familles* »²³²⁹, durcit lui aussi la répression de l'avortement. Désormais, la seule tentative est sanctionnée, y compris lorsque la femme n'est, en fait, pas réellement enceinte²³³⁰. La fourniture de produits et d'instruments abortifs est dorénavant interdite et les peines sont aggravées. La loi prévoit même que la dénonciation d'un avortement par un médecin - en principe soumis au secret professionnel - lui permet d'échapper aux poursuites pénales²³³¹. Plus encore, pour accompagner l'incrimination, le législateur charge l'administration d'une mission de surveillance. Le texte impose ainsi que « *les établissements [...] [de maternité] soient soumis à la surveillance préfectorale exercée par l'inspecteur départemental d'hygiène ou par son adjoint et par les commissaires de police* »²³³². Sous Vichy, le régime de l'avortement est là encore très clairement durci²³³³. Tout d'abord, entre 1939 et 1941, la jurisprudence des tribunaux correctionnels élargit le champ d'application des nouvelles dispositions de la loi de 1939²³³⁴ puis cette pratique judiciaire est reprise par la loi du 14 septembre 1941²³³⁵. La loi du 15 février 1942 est ensuite la loi la plus sévère que le droit français connaisse²³³⁶ puisque la sanction peut aller jusqu'à la peine de mort²³³⁷.

les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, bandagistes, et marchands d'instruments de chirurgie qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué ces moyens seront condamnés aux peines prévues au paragraphe 1 » contre une peine de travaux forcés à temps plein dans la version antérieure.

²³²⁸ Voir en ce sens, PAVARD B., ROCHEFORT F., ZANCARINI-FOURNEL M., *Les événements fondateurs - Les lois Veil, contraception 1974, IVG 1975, op. cit.*, p. 17.

²³²⁹ Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, JO, 30 juillet 1939, p. 9607. Pour une critique de l'instauration, par cette loi, d'un délit impossible, voir également PERREAU B, *Recueil critique*, 1944, p. 5.

²³³⁰ L'article 82 du décret-loi du 29 juillet 1939 dispose en effet que « *quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans, et d'une amende de cinq cents français à dix mille francs* ».

²³³¹ Article 90 du décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française : « *Les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent ; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine* ».

²³³² Article 94 du décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française : « *Les établissements visés à l'article 93, autorisés ou non, sont soumis à la surveillance préfectorale exercée par l'inspecteur départemental d'hygiène ou par son adjoint et par les commissaires de police. Ces fonctionnaires peuvent pénétrer à toute heure, de jour et de nuit, dans les établissements susvisés et procéder à toutes investigations, constatations et enquêtes par eux jugées utiles. Quiconque fait obstacle aux inspections prévues au paragraphe précédent est puni de six jours à six mois d'emprisonnement et d'une amende de 500 à 3000 francs, la fermeture de l'établissement peut, en outre, être prononcée* ».

²³³³ Voir notamment, OLIVIER C., *Le vice ou la vertu - Vichy et les politiques de la sexualité*, Presses Universitaires du Mirail, 2005.

²³³⁴ LE NAOUR J-Y, VALENTI C., *Histoire de l'avortement (XIX-XX)*, op. cit., p. 195.

²³³⁵ Loi du 14 septembre 1941 portant modification de la loi du 26-03-1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines : « *Les dispositions de la loi [du 26 mars 1891 qui permet notamment de plaider les circonstances atténuantes] ne sont pas applicables aux condamnations prononcées pour infractions à la législation en vigueur en matière [...] d'avortement et d'infanticide, ni d'une manière générale aux individus condamnés pour toutes les infractions de nature à nuire à l'unité nationale, à l'État ou au peuple français* ».

²³³⁶ Loi n° 300 du 15 février 1942 relative à la répression de l'avortement, JO, 7 mars 1942, p. 938 : « *Les dispositions du décret du 18 novembre 1939 et de la loi du 3 septembre 1940, modifiés par la loi du 15 octobre 1941, seront appliquées à tout individu contre lequel il existe des présomptions, précises, graves et concordantes qu'il a, d'une manière habituelle ou dans un but lucratif, procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, indiqué ou favorisé les moyens de procurer l'avortement* ».

²³³⁷ Article 11 de la loi du 7 septembre 1941 instituant un tribunal d'État, JO, 10 septembre 1941, p. 3850.

783. Or, même si cela n'apparaît pas toujours expressément dans les textes de droit positif, ces différentes législations sont toutes justifiées, à titre principal, par la nécessité de sauvegarder la natalité française²³³⁸. Nous avons vu que la loi de 1920 poursuivait des finalités natalistes²³³⁹. Il en est toujours de même en 1923²³⁴⁰. Plusieurs auteurs observent en effet que c'est bien « *la baisse de la natalité [qui demeure] l'explication majeure d'un déclin national* »²³⁴¹. Le décret de 1939 s'intitule, quant à lui, « *décret relatif à la famille et à la natalité française* » et son introduction²³⁴² énonce que « *la chute de la natalité est devenue telle que, depuis 1935, le nombre de décès l'emporte sur le celui des naissances. Au nombre des incalculables conséquences de la faiblesse de la natalité française, figure au premier plan l'aggravation du péril extérieur [...]* »²³⁴³. Sous Vichy, l'avortement est expressément qualifié par le droit de pratique susceptible de nuire à l'État et au peuple français²³⁴⁴. Il est aisé de supposer que c'est le danger qu'il représente notamment pour la natalité qui explique cette qualification²³⁴⁵. Les procès sont d'ailleurs menés devant une juridiction d'exception qui condamne tous les actes nuisibles à « *la sûreté nationale* »²³⁴⁶ de telle sorte qu'il peut être considéré que « *les avorteurs sont désormais [assimilés à] des assassins de la patrie, l'avortement [étant] un crime contre l'État passible en cela de la peine de mort* »²³⁴⁷ car nuisant à la natalité.

784. En Allemagne l'avortement est interdit depuis 1794 par le §218 du Code pénal allemand²³⁴⁸. Même si les Codes de Bavière de 1813 et prussien de 1851 précisent que l'avortement est

²³³⁸ PAVARD B., ROCHEFORT F., ZANCARINI-FOURNEL M., *Les événements fondateurs - Les lois Veil, contraception 1974, IVG 1975, op. cit.*, p. 16 : Dans l'exposé des motifs, cette restriction est présentée comme « *une question de vie ou de mort pour la France* ».

²³³⁹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²³⁴⁰ En effet, les parlementaires considèrent que les jurys, qui - émus par la détresse de la femme - prononcent régulièrement des acquittements, ne comprennent pas « *le caractère social du crime d'avortement* », c'est-à-dire ses implications en termes de natalité - Chambre des députés, 13 janvier 1923, Georges Thibout p. 58.

²³⁴¹ PAVARD B., ROCHEFORT F., ZANCARINI-FOURNEL M., *Les événements fondateurs - Les lois Veil, contraception 1974, IVG 1975, op. cit.*, p. 17.

²³⁴² Introduction du décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, JO, 30 juillet 1939, p. 9607.

²³⁴³ Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française. Voir aussi, l'arrêté du 25 février 1939 créant le haut comité consultatif de la population et de la famille.

²³⁴⁴ Article 2 de la Loi n° 300 du 15 février 1942 relative à la répression de l'avortement, JO, 7 mars 1942, p. 938 : les « *individus désignés à l'article 1^{er} sont compris parmi les auteurs, coauteurs ou complices d'actes, ou d'activités de nature à nuire au peuple français* ».

²³⁴⁵ En ce sens, OLIVIER C., *Le vice ou la vertu - Vichy et les politiques de la sexualité*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2005 ; LE NAOUR J-Y, VALENTI C., *Histoire de l'avortement (XIX-XX)*, op. cit., p. 192.

²³⁴⁶ Loi du 7 septembre 1941 instituant un tribunal d'État, JO, 10 septembre 1941, p. 3850 ; seuls les auteurs « *d'actes de nature à troubler la paix intérieure, la tranquillité publique, les relations internationales ou, d'une manière générale, à nuire au peuple français* » sont déférés à ce tribunal spécifique qui peut prononcer des peines graves et même la peine de mort. Sur ce point, voir notamment OLIVIER C., « *Du crime contre la race. L'avortement dans la France de la Révolution nationale* », in BARD C., CHAUVAUD F., PERROT M., *Femmes et justice pénale*, Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 253 et suivantes ; LE NAOUR J-Y, VALENTI C., *Histoire de l'avortement (XIX-XX)*, op. cit., p. 196.

²³⁴⁷ OLIVIER C., « *Du crime contre la race. L'avortement dans la France de la Révolution nationale* », in BARD C., CHAUVAUD F., PERROT M., *Femmes et justice pénale*, Presses universitaires de Rennes, 2002, §9.

²³⁴⁸ Voir notamment §988 du Code prussien (version de 1794) : « *L'avortement réalisé par un tiers sans le consentement de la femme encourt une peine de 10 ans à perpétuité* ».

sanctionné en tant qu'atteinte à la *vie*²³⁴⁹ (et qu'à première vue c'est donc la vie anténatale que le Code pénal cherche à protéger²³⁵⁰), les propos de Feuerbach, éminent juriste allemand et principal rédacteur du Code pénal bavarois, montrent qu'un enjeu collectif important se cache derrière cette disposition lorsqu'il affirme que « *l'embryon est une personne humaine et même si l'État n'est pas obligé de le protéger, il a, malgré tout le droit, de se perpétuer en voyant en lui un futur citoyen* »²³⁵¹. Si certains voient dans cette interdiction une volonté de protéger la vie anténatale, d'autres considèrent qu'il s'agit là des prémises d'une politique nataliste²³⁵². Par la suite, si au début du 20^{ème} siècle, l'Allemagne n'édicte pas de loi similaire à celle de 1920 en France, c'est davantage en raison des soulèvements qui auront lieu pendant la Révolution de 1918-1919, qu'en raison d'une conception différente des enjeux démographiques²³⁵³. La création en 1915 de la société allemande pour la natalité²³⁵⁴ le montre²³⁵⁵ : elle a notamment pour objectif de lutter contre l'avortement, tout en cherchant à « *sensibiliser le peuple sur les conséquences de la chute démographique* »²³⁵⁶. Par ailleurs, les motifs d'un projet de loi du 16 février 1918 relatif à l'interdiction de la construction, de l'importation et de la vente d'instruments contraceptifs ou abortifs²³⁵⁷ énoncent qu'« *il n'existe aucun doute quant au fait que cette chute de la natalité est liée à l'utilisation volontaire d'une contraception et avec l'absorption de moyens abortifs. C'est la raison pour laquelle le projet prévoit des mesures nécessaires et appropriées pour réprimer la circulation de contraceptifs et d'abortifs* ». Bien que ces projets n'entrent pas en vigueur, la répression de l'avortement sous Weimar n'en reste pas moins orientée vers la sauvegarde de la dimension *collective* de la vie et du maintien de la force de la nation²³⁵⁸. Même si en 1926, la loi affaiblit ensuite les sanctions

²³⁴⁹ §181 du Code prussien : « *La femme enceinte qui utilise des instruments externes ou internes pour avorter volontairement le fœtus dans l'utérus sera punie de 5 ans de prison. Celui qui a procédé à l'avortement avec le consentement de la femme sera puni de la même peine* » ; §182 : « *Celui qui procède à un avortement sans le consentement de la femme enceinte sera puni d'une peine de 5 à 20 ans de prison. Si la femme décède des suites de l'avortement, la peine est la perpétuité* ».

²³⁵⁰ JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, op. cit., p. 23. Contra : RHEINHARD F., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Zweite neue bearbeitete Auflage, Leipzig, 1901, p.272.

²³⁵¹ Propos de Feuerbach cité par MICHALSKI B., §218 *Die Reformruine*, Berlin, DVK, 1988, p. 17. Voir également FREUDIGER K., *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, Hannovre, Offizin Verlag, 1995, p. 13.

²³⁵² Pour les différentes positions, voir notamment JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, op. cit., p. 127 ; FÄRBER-HUSEMANN R., DÄUBLER-GUMELIN H., §218 *Der tägliche Kampf*, op. cit., p. 35.

²³⁵³ FREUDIGER K., *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 14 : « *Les politiques natalistes sont jugées nécessaires par tous les courants politiques* » ; FÄRBER-HUSEMANN R., DÄUBLER-GUMELIN H., §218 *Der tägliche Kampf*, op. cit., p. 35.

²³⁵⁴ « *Deutsche Gesellschaft für Bevölkerungspolitik* ».

²³⁵⁵ *Ibid.*

²³⁵⁶ JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, op. cit., p. 155.

²³⁵⁷ Entwurf eines Gesetzes gegen die Verhinderung von Geburten du 16 février 1918, ebd, RT-Drs. 1287 B. Voir aussi, dans le même sens, Entwurf eines Gesetzes gegen Unfruchtbarmachung und Schwangerschaftsunterbrechung n° 1717, p. 2504 - projet de loi du 4 juillet 1918 relatif à la lutte contre la stérilité et contre l'avortement.

²³⁵⁸ À cette époque, le gouvernement allemand espère d'ailleurs « *faire prendre conscience à la population qu'il est néfaste pour les intérêts supérieurs de la patrie d'essayer de limiter le nombre de naissances pour des raisons de confort personnels ou pour toutes autres raisons égoïstes* ». L'avortement reste donc la « *bête noire* » de la nouvelle République - JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, op. cit., p. 153 ; p. 156 ; p. 165.

applicables à l'avortement - qui passent de 5 ans de bague à une peine de prison²³⁵⁹ - l'objectif nataliste ne disparaît pas. L'exposé des motifs de cette loi indique bien que « *les dispositions relatives à l'avortement assurent également le maintien de l'existence et de la force vitale du peuple* »²³⁶⁰. Sous le Troisième Reich, le règlement du 18 mars 1943 dispose que « *si l'auteur a porté atteinte à la force vitale du peuple allemand [par le biais d'un avortement], il sera puni par la peine de mort* »²³⁶¹. Les femmes se doivent donc de procréer pour assurer la survie de la population. Cependant, il faut rappeler sous le Troisième Reich, toutes les vies ne sont pas considérées comme servant à consolider la force vitale du peuple : l'objectif poursuivi n'est pas pleinement *quantitatif*.

785. Ainsi, la crainte pour la démographie explique la pénalisation de l'avortement en France et en Allemagne. Or, c'est à nouveau sur les femmes - tant physiquement que socialement - que pèse la charge de cet objectif biopolitique de *faire vivre*. En effet, « *la procréation a essentiellement été imposée aux femmes [...]. Elle leur a d'abord été imposée physiquement, du fait du caractère illégal des moyens de contrôle des naissances et/ou d'interruption de grossesse. Elle leur a été imposée socialement, dès lors que l'enfantement a largement été compris comme leur fonction première et donc comme leur obligation sociale principale* »²³⁶². Ces différentes lois sont paradigmatiques de « *ce que le droit ne construit pas le corps de la femme comme un lieu privé* »²³⁶³ mais leur impose, au contraire, une obligation plus ou moins indirecte de procréer. Ces exemples historiques démontrent que : « *Chaque fois qu'un État a craint pour sa démographie, selon les périodes de guerre ou de paix, les femmes ont été interpellées et ont reçu une injonction à procréer ou à avorter* »²³⁶⁴. Plus encore, ces développements confirment que ce n'est pas la vie biologique que la répression de l'avortement entend protéger²³⁶⁵ mais le *faire vivre*, c'est-à-dire des enjeux biopolitiques *collectifs* ; certes en lien avec la *multiplication* de *zoe* mais sans corrélation directe avec sa protection

²³⁵⁹ De 1918 à 1926, le §218 du Code pénal énonce ainsi qu'« *une femme enceinte qui avorte volontairement ou qui tue ce qu'elle a en son sein, sera puni d'une peine de bague de 5 ans maximum. Si des circonstances exceptionnelles existent, la peine de prison ne peut pas être inférieure à 6 mois* » puis en 1926, le Code pénal est modifié et dispose désormais qu'« *une femme qui tue ce qu'elle a en son sein par un avortement ou qui autorise l'homicide par un autre est punie d'une peine de prison. De la même manière seront punis les tiers. La tentative est punie. Celui qui procède à l'avortement sans le consentement de la femme ou qui y recourt à des fins commerciales sera puni par le bague. De la même manière sera puni celui qui procède à des fins commerciales à la femme les moyens de procéder à l'avortement. S'il existe des circonstances atténuantes, la peine de prison ne peut pas être inférieure à 3 mois* » (loi du 18 mai 1926).

²³⁶⁰ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Drucksache IV/650, 4 octobre 1962, p. 277.

²³⁶¹ §218 alinéa 3, phrase 2 (version de 1943) intégré par la Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft, 9 mars 1943 - règlement pour la protection du mariage, de la famille et de la maternité.

²³⁶² HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., «La procréation est-elle vraiment devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical», in VERGES E. *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Paris, Litec, 2011, p. 169.

²³⁶³ HENNETTE-VAUCHEZ S., « *Vademécum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme- La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de splendide isolement* », *Dalloz*, 2011, n° 20, p1360, II (4) ; voir pour l'Allemagne DUDEN B., *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Mißbrauch des Begriffs Leben*, Luchterhand Literaturverhand, 1991 - version française : DUDEN B., *L'invention du fœtus, le corps féminin comme lieu public*, Descartes et cie, 1996.

²³⁶⁴ BRIVAL M.L., «Droit des femmes, enjeu du pouvoir médical», in HAUDIQUET V., SURDUTS M., TENENBAUM N. (dir.), *Une conquête inachevée : le droit des femmes à disposer de leur corps*, Paris, Syllepse, 2008, p. 75-76.

²³⁶⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

individualisée. Ce sont des considérations d'ordre collectif qui expliquent les processus de normalisation des comportements procréatifs et de la parenté que la répression de l'avortement met en œuvre.

786. Cependant, en Allemagne, après la chute du Troisième Reich, l'argumentaire se transforme radicalement. L'année 1945 marque, en effet, une véritable rupture dans l'histoire de la procréation. Avant 1945, l'État peut légiférer sur la question contraceptive ou abortive au nom de la lutte contre la dénatalité et, par conséquent, influencer, les comportements procréatifs individuels afin d'assurer le *maintien de la population*. Mais après 1945, une telle justification devient plus difficile à envisager. Les questions relatives à la procréation ne sont plus abordées sous un angle *collectif* ou *étatique* - caractéristique des politiques natalistes d'avant-guerre - mais davantage comme une opposition entre des droits fondamentaux individuels que le droit constitutionnel se doit de concilier.

II. La spécificité du cas allemand après 1945

787. En France, même après 1945 le paradigme démographique ne disparaît pas. Il est d'ailleurs l'un des éléments centraux des débats relatifs à la dépenalisation de l'avortement en 1975²³⁶⁶. En Allemagne, en revanche, une rhétorique nataliste, qui mettrait expressément en lumière les enjeux collectifs de la procréation et justifierait de ce fait l'intervention de l'État dans le domaine procréatif devient beaucoup plus complexe après l'expérience du Troisième Reich.

*« En Allemagne, le traumatisme lié aux politiques natalistes du national-socialisme a rendu les discussions officielles sur les questions démographiques taboues. Elles ne peuvent être considérées que comme des politiques familiales »*²³⁶⁷.
Ainsi, *« la politique familiale menée sous le Troisième Reich a jeté le discrédit sur le principe de mesures natalistes car [il] ne soutenait pas les naissances en général mais uniquement les naissances associées à la race dite aryenne »*²³⁶⁸.

788. Après 1945, l'argument nataliste n'apparaît donc pas dans les discussions politiques et juridiques relatives à la contraception et à l'avortement. Largement en réaction à l'horreur du régime nazi, le système juridique allemand s'attache en effet à affirmer l'autonomie individuelle et les droits fondamentaux au cœur de son nouvel ordre de valeurs. L'adoption de la Loi fondamentale allemande en 1949 met en lumière le nouveau paradigme autour duquel se structure désormais le régime juridique. Le respect de l'*individu* est désormais situé au cœur du régime juridique allemand. Les droits fondamentaux sont ainsi interprétés conformément aux théories philosophiques et politiques de l'individualisme. Elles confèrent à l'individu le plus haut degré de

²³⁶⁶ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²³⁶⁷ DIENEL C., *Kinderzahl und Staatsräson: Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918*, *op. cit.*, p. 9.

²³⁶⁸ SALLES A., LETABLIER M.T., « La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *Politiques sociales et familiales*, n° 112, juin 2012, p. 74.

valeur, le placent au fondement de la société, et mettent l'accent sur le développement des droits et des responsabilités de l'individu, privilégiant ses intérêts sur ceux du groupe et de l'État²³⁶⁹. L'État n'est par conséquent plus légitime à intervenir dans les décisions procréatives des individus au nom du *maintien de la population*. Par conséquent, l'avortement n'est plus appréhendé comme une question collective mais bien plutôt comme une question ayant d'abord trait à des droits individuels concurrents²³⁷⁰. En matière de procréation, un poids tout particulier est notamment accordé au droit à la vie de l'être conçu²³⁷¹, pensé non pas comme une valeur abstraite mais comme le droit *individuel* d'un fœtus *spécifique*. L'avortement est unanimement considéré comme une « *décision conflictuelle* »²³⁷² entre, d'un côté, le droit à la vie et, de l'autre, la liberté individuelle de la femme²³⁷³. Alors qu'en France, l'objectif de protection de la vie anténatale n'apparaît jamais dans le droit positif visant à réprimer l'avortement (et seulement à titre très incident dans les débats parlementaires²³⁷⁴), la Cour constitutionnelle allemande considère dans ses deux décisions de 1975 et 1993 que le droit à la vie de l'être conçu prime sur la liberté individuelle de la femme enceinte à disposer de son corps et qu'il découle de l'article 2 de la Loi fondamentale une « *obligation pour la femme de mener à terme sa grossesse* »²³⁷⁵.

789. Cela ne signifie toutefois pas que les enjeux natalistes disparaissent entièrement. Ainsi, le projet de réforme du nouveau Code pénal de 1962 considère qu'en parallèle de la protection de la vie anténatale (individualisée), la pénalisation de l'avortement protège aussi « *le maintien et la force vitale de la population* »²³⁷⁶. Dès lors, bien que les « *discussions d'après-guerre ne firent que rarement référence aux politiques natalistes, les projets de réformes de 1959, 1960 et 1962 furent [quand même] guidés par une volonté de protéger la force, le maintien et la vitalité de la population* »²³⁷⁷. Pour preuve, la Cour fédérale de justice considère dans un arrêt de 1963 que la pénalisation de l'avortement a également pour finalité le « *maintien de la population et de la vitalité du peuple* »²³⁷⁸. Il convient cependant d'admettre que

²³⁶⁹ Voir sur cette question, BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, p. 209 ; JUNGE M., *Individualisierung*, Francfort sur le main, Campus Verlag, 2002, p. 7 et suivantes ; HAYAT P., *L'individualisme*, Paris, Quintette, 1998, p. 4.

²³⁷⁰ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²³⁷¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2). BVerfG, 30 juin 1964 - BVerfGE 18, 112 : La Cour constitutionnelle énonce en ce sens que l'article 2 alinéa 2 implique « *la reconnaissance de la valeur fondamentale de la vie humaine* ».

²³⁷² « *Konfliktentscheidung* ».

²³⁷³ Voir notamment, Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

²³⁷⁴ Et surtout dans les débats relatifs à sa libéralisation et non sa répression : cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²³⁷⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2) ; (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²³⁷⁶ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), Drucksache IV/650, 4 octobre 1962, p. 277.

²³⁷⁷ Voir, en ce sens, le rapport de la commission parlementaire : Bericht der Kommission zur Auswertung der Erfahrungen mit dem reformierten §218 des Strafgesetzbuches, 31 janvier 1980, Drucksache 8/3630, p.11.

²³⁷⁸ BGH, 22 février 1963, 4 StR 9/63. Contra : notamment, FISCHER T., *StGB mit Nebengesetzen Kommentare*, Vorbemerkung zu den §218, 60^{ème} édition, 2013, p. 1477 ; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Vorbemerkung zu den §218, 29^{ème} édition, 2014, Rn. 13.

cette rhétorique n'est plus centrale car « *l'opinion majoritaire rejette la légitimité de l'argument nataliste* »²³⁷⁹ ; et ce dernier n'apparaît clairement pas dans le débat public de manière aussi marquée qu'en France, où la rhétorique nataliste n'a pas été autant délégitimée par les événements de la Seconde Guerre mondiale.

790. Ainsi, même si en Allemagne, l'argument nataliste n'a pas été aussi central qu'en France, c'est également une volonté de maintenir la population qui justifie les réformes répressives. La répression de l'avortement n'a ainsi pas pour seul but la protection de la vie anténatale mais assure également la « *multiplication et de prolifération de la vie* »²³⁸⁰. Cet objectif ne peut toutefois se réaliser que par l'exercice d'un contrôle sur les capacités reproductives des femmes : par une normalisation de leur comportement procréatif. Cet objectif suppose en effet une forme d'appropriation du corps des femmes par la société, ce qui les empêche de disposer librement de leur corps et de leurs capacités reproductives²³⁸¹.

791. Depuis la libéralisation de la contraception, les femmes disposent désormais, au moins dans une certaine mesure, de la possibilité de disposer de leur corps. Des politiques natalistes considérant l'enfantement comme une obligation nationale et collective, la procréation serait-elle tombée aujourd'hui dans le champ de l'autonomie individuelle des individus ?²³⁸² Que dit désormais le droit de la décision d'un couple de ne pas procréer ? Il est indéniable qu'il est désormais possible pour chaque individu sexuellement actif de refuser l'enfantement. La stérilisation, autorisée depuis 1964 en Allemagne et par une loi de 2001 en France²³⁸³ ainsi que la contraception permettent aux individus de ne pas procréer. En cas d'échec contraceptif, le droit concède désormais aux femmes la possibilité d'interrompre leur grossesse. Il leur réserve même la possibilité, notamment si elles manquent les délais d'IVG, d'accoucher dans le secret afin de ne pas être liées à l'enfant qu'elles ont porté²³⁸⁴. À première vue, l'État n'exige plus de ses citoyens et plus encore de ses citoyennes qu'ils procréent *pour la nation*. La libéralisation des techniques procréatives négatives marque ainsi de prime abord la fin des processus de normalisation des comportements procréatifs et avec eux de la parenté. Le droit ne contraint plus les femmes - *via* l'interdiction de la contraception et de l'avortement - à devenir mères.

²³⁷⁹ FISCHER T., *StGB Handkommentar*, §218, 58^{ème} édition, p. 1425. Voir aussi, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Vorbemerkung zu den §218, 29^{ème} édition, 2014, Rn. 13.

²³⁸⁰ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1, La volonté de savoir, op. cit.*, p. 183.

²³⁸¹ MACKINNON C., « Reflections on Sex Equality Law », *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n° 5, p. 1281.

²³⁸² Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²³⁸³ Pour l'Allemagne, voir la décision du BGH, 27 octobre 1964, 5 StR 78/64. En France, voir la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception qui introduit l'article L2123-1 CSP - cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

²³⁸⁴ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

792. Cependant, dans la mesure où la survie de l'État dépend nécessairement du maintien de la population et de la propension des individus à engendrer ; il importe désormais de montrer qu'il persiste encore, sous de nouvelles formes, en droit français et allemand des processus de normalisation de la parenté. En effet, même si cette normalisation n'est plus imposée par la norme pénale mais encouragée par des incitations principalement financières -caractéristique de la nouvelle gestion biopolitique des comportements procréatifs²³⁸⁵ -, le droit encourage toujours, à des fins démographiques, les personnes à enfanter et les femmes à accepter le poids d'une grossesse et d'un accouchement.

Sous-section 2. La libéralisation de la contraception et de l'avortement

793. La disparition de la répression de la contraception et de l'avortement ne marque pas la fin de la normalisation des comportements procréatifs. Si la sanction pénale disparaît, et qu'en ce sens il n'est plus possible de parler d'astreinte ou d'injonction juridique à l'enfantement, c'est-à-dire « *d'ordre, de commandement précis, non discutable qui doit être obligatoirement exécuté [...] sous peine de menaces de sanction* »²³⁸⁶, il persiste, malgré tout en droit positif des incitations, au sens « *d'encouragements et d'orientations du comportement des individus* »²³⁸⁷, à procréer. Ces incitations se manifestent notamment par la prise en charge, prévue par l'État, des frais liés à l'entretien d'un enfant. L'analyse cherchera en effet à montrer que cette prise en charge tend à orienter les comportements procréatifs en faveur de l'enfantement. En France, cette prise en charge est d'ailleurs expressément mise en œuvre à des fins natalistes. La mise en place d'aides financières à la famille tend ainsi à compenser la disparition de la sanction pénale afin que la survie de la collectivité demeure assurée. Le droit encourage par ce biais, encore aujourd'hui, les personnes à devenir parents : il existe toujours des processus de normalisation de la parenté mis en place à des fins quantitatives en droit positif français (I). En Allemagne, le droit met aussi en place de tels mécanismes d'incitations financières à la procréation. L'absence d'objectif nataliste affiché ne signifie pas l'inexistence d'incitations à l'enfantement, et donc, à la parenté (II).

I. La normalisation de la parenté à des fins quantitatives en France

794. À partir du 20^{ème} siècle, des politiques expressément natalistes sont mises en place et demeurent après la libéralisation de l'avortement au nom du *maintien de la population*. Par le biais de politiques familiales qui instaurent des mécanismes d'incitation financière à la procréation, le droit

²³⁸⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²³⁸⁶ Définition de CNRTL pour « injonction ».

²³⁸⁷ *Ibid.*

normalise donc toujours les comportements procréatifs des individus, les encourageant à devenir parents (A). Par ailleurs, le Code de santé publique continue de lier la question de l'IVG à celle de la natalité et semble appréhender l'affaiblissement de cette dernière comme une éventuelle limite à cette première. Par ce biais le droit encourage, fût-ce à une échelle avant tout symbolique, l'idée selon laquelle l'avortement est un outil qui nuit à la survie de la nation (B).

A. La mise en place d'incitations financières

795. En France, les pouvoirs publics développent à partir du début du 20^{ème} siècle des instruments à visée explicitement nataliste, à l'instar des allocations familiales et du quotient familial.

796. En ce qui concerne le premier instrument, la loi de 1932 organise tout d'abord le versement de telles allocations par l'employeur²³⁸⁸ pour tout enfant résidant en France et n'ayant pas dépassé l'âge de l'obligation scolaire²³⁸⁹. Cette loi est précisément présentée par le ministre du Travail Adolphe LANDRY comme « *constitu[ant] un encouragement à la natalité ; encouragement nécessaire pour qui voit clairement ce qu'est l'état démographique de la France de nos jours* »²³⁹⁰. Par la suite, le décret-loi du 12 novembre 1938 prévoit le versement d'allocations familiales par l'État, indépendamment du salaire du travailleur²³⁹¹. Il est à nouveau présenté au Journal officiel comme servant à « *encourager la natalité française* »²³⁹². Ce texte pose au demeurant le principe de l'allocation progressive²³⁹³ : ainsi, plus le couple procréé, plus il touche d'allocations. Quant au décret-loi du 29 juillet 1939²³⁹⁴, il prévoit la progressivité du barème pour les allocations à partir du troisième enfant²³⁹⁵ et une prime à la

²³⁸⁸ Article 2 de la loi du 11 mars 1932 modifiant les titres III et V du livre 1^{er} du Code du travail et l'article 2101 du Code civil, JO, 12 mars 1932, p. 2626 : « *Tout employeur occupant habituellement des ouvriers ou des employés, de quelque âge et de quelque sexe que ce soit, dans une profession industrielle, commerciale, agricole ou libérale, est tenu de s'affilier à une caisse de compensation ou à toute autre institution agréée par le ministre du Travail, constituée entre employeurs en vue de répartir entre eux les charges résultant des allocations familiales* » ; BOCK G., « Pauvreté féminine, droits des mères et États providence », in THÉBAUD F., *Histoire des femmes en occident*, Tome V, le 20^{ème} siècle, Perron, 2002, p. 548.

²³⁸⁹ Article 74 b intégré au Code du travail par la Loi du 11 mars 1932 modifiant les titres III et V du livre 1^{er} du Code du travail et l'article 2101 du Code civil, JO, 12 mars 1932, p. 2626 : « *Les allocations familiales sont dues pour tout enfant ou descendant légitime, reconnu ou adoptif et pour toute pupille, résidant en France, à la charge de l'ouvrier ou de l'employé et n'ayant pas dépassé l'âge de l'obligation scolaire. Elles sont dues jusqu'à l'âge de 16 ans si l'enfant poursuit ses études ou est placé en apprentissage dans les conditions déterminées par le titre Ier du présent livre ou est, par suite d'infirmité ou de maladie chronique, dans l'impossibilité constatée de se livrer à aucun travail salarié* ».

²³⁹⁰ Sénat, 21 janvier 1932, Adolphe Landry, p. 37.

²³⁹¹ Décret-loi du 12 novembre 1938 relatif aux allocations familiales, JO, 15 novembre 1938 p. 12978.

²³⁹² Introduction du décret du 12 novembre 1938 relatif aux allocations familiales, JO, 15 novembre 1938 p. 12978.

²³⁹³ Article 1 du décret-loi du 12 novembre 1938 relatif aux allocations familiales : « *Ce taux minimum ne peut être inférieur à 5% du salaire moyen mensuel dans le département, d'un salarié adulte de sexe masculin pour le premier enfant bénéficiaire ; à 10% pour le deuxième ; à 15% pour le troisième et chacun des enfants suivants* » ; Article 6 du décret-loi du 12 novembre 1938 relatif aux allocations familiales : « *Le service des allocations familiales cessera d'être dû pour l'enfant unique qui atteindra l'âge de 5 ans* ».

²³⁹⁴ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²³⁹⁵ Article 13 du décret-loi du 29 juillet 1939, JO, 30 juillet 1939 p. 9607.

première naissance²³⁹⁶. Comme son nom l'indique, il a pour objet « *la famille et la natalité française* ». Le versement des allocations familiales a donc historiquement une finalité explicitement nataliste : inciter financièrement les individus à procréer au nom du *maintien de la population*. Or, l'article L512-1 du Code de la Sécurité sociale maintient toujours le principe des allocations familiales, sans que sa finalité nataliste n'ait jamais été, nous semble-t-il, contestée. Même si depuis le décret du 3 juin 2015 ces allocations sont soumises à une condition de revenu²³⁹⁷, il existe en droit français des mécanismes d'incitations financières à la procréation. Par conséquent, il persiste en droit français des mécanismes de normalisation des comportements procréatifs et de la parenté.

797. En ce qui concerne le second instrument, le quotient familial en matière fiscale²³⁹⁸, il est créé par la loi du 31 décembre 1945²³⁹⁹ afin de résoudre, selon les termes des parlementaires de l'époque, « *le problème vital de la population* »²⁴⁰⁰. C'est donc à nouveau à des fins expressément natalistes qu'il est mis en œuvre. Le principe est simple : plus un couple a d'enfants à charge, moins il paye d'impôt sur le revenu²⁴⁰¹, le quotient familial entendant par ce biais prendre en partie en charge les frais engendrés par la naissance d'un enfant. Cette mesure existe toujours dans l'article 194 du Code général des impôts. Cet article maintient l'idée selon laquelle l'État se doit de neutraliser, au moins en partie, la charge que représente un enfant pour un couple. Mais par ce biais, le droit met aussi en œuvre des processus de normalisation de la parenté en tentant d'influencer le comportement procréatif des couples en faveur de l'enfantement. En effet, de tels processus d'incitations financières soutiennent l'idée selon laquelle le *bon* comportement sexuel est celui qui mènera à la production de nouveaux enfants.

798. La dépénalisation de l'avortement et de la contraception ne marque donc pas l'abandon par l'État d'un objectif de maintien (quantitatif) de la population. Le fait que le Code de santé publique continue d'appréhender l'IVG non pas seulement sous un angle individuel - comme une possibilité offerte aux femmes de ne pas poursuivre leur grossesse non désirée - mais aussi sous un angle collectif - comme une pratique susceptible de nuire à la natalité - vient à l'appui de cette analyse.

²³⁹⁶ Article 1 du décret-loi du 29 juillet 1939, JO, 30 juillet 1939 p. 9607.

²³⁹⁷ Décret n° 2015-611 du 3 juin 2015 relatif au barème des allocations familiales, de la majoration pour âge et de l'allocation forfaitaire. Voir sur ce point, ALLEGRE G., « Universalité des allocations familiales et paradoxe de la redistribution », *Economiste OFCE - Sciences-Po*, 13 octobre 2014 ; BLANC M.A., « La modulation des allocations familiales : une erreur historique », *Travail, genre et société*, 2016/1, n° 35, p. 157.

²³⁹⁸ Article 194 du Code général des impôts.

²³⁹⁹ Loi n° 45-0195 du 31 décembre 1945 portant fixation du budget général (services civils) pour l'exercice 1946, JO, 1. janvier 1946, p. 1.

²⁴⁰⁰ AN, séance 3 du 30 décembre 1945, Bernard Huet, p. 606 ; AN, séance 3 du 30 décembre 1945, Marc Dupuy, p. 600 ; AN, séance 3 du 30 décembre 1945, Louis Slettrid, p. 603 ; AN, séance 3 du 30 décembre 1945, Rachel Lempereur, p. 674.

²⁴⁰¹ Article 194 du Code général des impôts : Par exemple, deux enfants à charge correspondent à trois parts et quatre enfants à quatre parts.

B. Le maintien d'un lien entre IVG et natalité

799. La dépénalisation de la contraception en 1967 et de l'avortement en 1975 ne signifie pas que le droit n'établisse dorénavant plus de corrélation entre, d'un côté, l'avortement, et de l'autre la natalité. La préoccupation nataliste s'exprime largement à l'article 16 de la loi de 1975, qui prévoit que « *le rapport sur la situation démographique de la France, présenté chaque année au Parlement [...] comportera des développements sur les aspects socio-démographiques de l'avortement* »²⁴⁰². Cette disposition traduit la forte angoisse démographique des parlementaires de 1975²⁴⁰³. Même Simone VEIL, pourtant porteuse du projet de dépénalisation affirme, que la démographie, « *c'est bien l'aspect essentiel de ce débat. Il en va, assurément de notre identité nationale, et de notre droit collectif à l'existence* »²⁴⁰⁴. Preuve de cette inquiétude partagée, le texte de la loi prévoit du reste la révision du texte dans un délai de cinq ans²⁴⁰⁵, soit en 1979²⁴⁰⁶, afin précisément d'étudier les conséquences démographiques de l'IVG²⁴⁰⁷. Or, il importe de souligner que l'article 16 de la loi de 1975 est aujourd'hui repris en substance par l'article L2214-3 du Code de santé publique qui dispose que : « *Chaque année, à l'occasion de la discussion du projet de loi de finances, le ministre chargé de la santé publie un rapport rendant compte de l'évolution démographique du pays [...]* »²⁴⁰⁸. À l'origine, cette disposition apparaissait dans la loi sur la libéralisation de la contraception²⁴⁰⁹ perçue elle aussi comme un risque pour la démographie²⁴¹⁰. La

²⁴⁰² Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JO, 18 janvier 1975, p. 739.

²⁴⁰³ AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Alexandre Bolo, p. 7024 : « *Ce projet est dangereux pour la nation, nul ne peut en douter, les expériences étrangères démontrent les effets désastreux de l'avortement libre sur la natalité, et par la même sur l'avenir de notre société, déjà fortement obéré par la situation démographique actuelle* ». Dans le même sens, AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Louis Mexandeau, p. 7019 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Jean Desanlis, p. 7021 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, René Feit, p. 7028 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Jacques Médecin, p. 7036 ; AN, séance 2 du 27 novembre 1974, Michel Debré, p. 7104 ; AN, séance 2 du 27 novembre 1974, Louis Mexandeau, p. 7107 ; AN, séance 2 du 27 novembre 1974, Robert Boulin, p. 7120.

²⁴⁰⁴ AN, séance 2 du 28 novembre 1974, Simone Veil, p. 7194.

²⁴⁰⁵ Article 2 de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse

²⁴⁰⁶ Voir notamment, Sénat, 14 décembre 1979, Monique Pelletier, p. 5434 : « *Certes, on a constaté dans les pays de l'Est une sensibilité, au moins à court terme, de la fécondité aux restrictions récentes apportées aux pratiques abortives : Bulgarie, Hongrie, Tchécoslovaquie par exemple. Mais les exemples de cette politique ne se sont fait sentir sur le taux de natalité que pendant six à douze mois, puis la courbe a de nouveau fléchi* ». Dans le même sens, Sénat, 14 décembre 1979, Cécile Goldet, p. 5444 ; Sénat, 14 décembre 1979, Jean Beranger, p. 5451 ; Sénat, séance du 14 décembre 1979, Charles Ledermann, p. 5459 ; AN, séance 1 du 27 novembre 1979, Jean Delaveau, p. 10704 ; AN, séance 3 du 27 novembre 1979, Didier Bariani, p.10747 ; AN, séance 1 du 28 novembre 1979, Joël Le Tac, p.10811 ; AN, séance 2 du 28 novembre 1979, Edwige Avice, p. 10897 ; AN, séance 2 du 28 novembre 1979, Jacqueline Fraysse Lazalls, p. 10897.

²⁴⁰⁷ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 7002 : « *Ainsi, dans l'hypothèse où il apparaîtrait au cours de ce laps de temps que la loi que vous auriez votée ne serait plus adaptée à l'évolution démographique ou au progrès médical, le parlement aurait à se prononcer à nouveau dans cinq ans en tenant compte de ces nouvelles données* ».

²⁴⁰⁸ Article L2214-3 CSP.

²⁴⁰⁹ Article 8 de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances énonce également, que « *chaque année, à l'occasion de la discussion du projet de finances, le ministre des Affaires sociales publiera un rapport rendant compte de l'évolution démographique du pays, ainsi que de l'application de la présente loi* » jusqu'à l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de la santé publique.

²⁴¹⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) ; voir aussi, AN, séance 2 du 1^{er} juillet 1967, Georges Vinson, p. 2562 : « *Aujourd'hui, les trois arguments majeurs des adversaires de la contraception semblent être la crainte d'une baisse de la natalité, un relâchement des mœurs dans le pays et la nocivité de certaines méthodes contraceptives* ».

pratique de la contraception étant aujourd'hui banalisée, la disposition est maintenant intégrée à celles qui réglementent l'avortement²⁴¹¹. Même si dans les débats publics, la question démographique n'est plus présentée comme l'un des enjeux centraux de l'encadrement juridique de l'avortement, un lien historique demeure ainsi entre démographie et avortement en droit positif. Cela étant, comme le souligne Lisa CARAYON, « *la loi privilégie l'étude du lien entre IVG et démographie, manifestant ainsi une méfiance spécifique à l'égard de cet acte* »²⁴¹². Plus encore, au sein des dispositions générales applicables à l'interruption de grossesse, l'article L2211-2 du même Code énonce que « *l'enseignement du principe [de protection de la vie] et de ses conséquences, l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité [...] sont des obligations nationales* ». Or, « *la formulation est marquante au regard du fait qu'une telle obligation nationale n'existe en rien concernant la contraception* »²⁴¹³. Cette disposition met donc en lumière l'existence d'un lien spécifique entre avortement et natalité, suggérant par ce biais que « *la femme qui recourt à l'IVG porte une part de responsabilité dans l'évolution de la démographie* »²⁴¹⁴.

800. Ainsi, même si les formes de la régulation des corps procréateurs - autrefois pénales, aujourd'hui financières - ont changé, des processus de normalisation des comportements procréatifs continuent à être mis en œuvre. L'objectif est d'inciter les individus à produire de nouveaux enfants, à *faire naître* de futurs travailleurs, de futurs contribuables, et de futurs cotisants. Cela étant, appréhender l'IVG sous un angle démographique, c'est-à-dire collectif, manifeste que l'État français continue à appréhender le corps des femmes et la maîtrise de leurs capacités procréatives comme un lieu d'exercice du biopouvoir. En Allemagne, en revanche, il est très difficile pour les pouvoirs publics d'après-guerre d'assumer une politique nataliste affichée.

II. La normalisation de la parenté à des fins quantitatives en Allemagne

801. En Allemagne, de la fin de la seconde guerre au début du 21^{ème} siècle, les politiques publiques ne peuvent afficher un objectif expressément nataliste. En effet, la famille dépend de la sphère privée et intime des individus et l'État ne peut l'influencer, au risque de franchir les limites posées par la Loi fondamentale, qui protège, précisément, la sphère individuelle contre les ingérences de l'État. En théorie, aucune politique nataliste - et *a fortiori* aucune forme d'incitation à la procréation - ne peuvent donc être prévues par le droit. Si l'État prend en partie en charge les

²⁴¹¹ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 85.

²⁴¹² *Ibid.*

²⁴¹³ *Ibid.*

²⁴¹⁴ *Ibid.*

frais engendrés par la naissance d'un enfant, ce n'est *prima facie* pas pour *inciter* les couples à procréer au nom du *maintien de la population* mais dans le seul but de *compenser* les coûts relatifs à l'entretien d'un enfant (A). Cependant, la logique même de la *compensation*, fût-elle justifiée par un souci de justice, présuppose que le choix d'enfanter est jugé légitime, de sorte qu'il est possible de considérer que le droit allemand est lui aussi sous-tendu par une logique nataliste. Il tend également à *inciter* les individus à procréer, à *faire vivre* et, par conséquent, à influencer, à normaliser leurs comportements procréatifs (B).

A. Un cadre juridique *a priori* défavorable

802. En Allemagne de l'Ouest, après 1945, aucune finalité nataliste n'est expressément affichée par le droit ; l'État devant en principe être neutre à l'égard des familles (1). La prise en charge de certains frais liés à l'entretien d'un enfant est justifiée par la seule logique de la *compensation* (2).

1. Le principe de neutralité de l'État à l'égard des familles

803. Alors qu'en RDA, la finalité *collective* des politiques démographiques est considérée comme parfaitement légitime²⁴¹⁵, en RFA, les pouvoirs publics à l'Ouest cherchent à se différencier en tout point des politiques menées sous le régime nazi et s'abstiennent dès lors de mettre en place, au nom de considérations *collectives*, des politiques susceptibles d'influencer la sphère décisionnelle des individus²⁴¹⁶. Dès lors, la question familiale est principalement abordée sous l'angle des droits fondamentaux individuels et l'État ne peut en principe favoriser *aucun* modèle familial, pas même celui de la famille nombreuse, afin de garantir le *maintien de la population*²⁴¹⁷. La doctrine considère majoritairement en Allemagne qu'il découle de la Loi fondamentale une obligation de neutralité de l'État à l'égard de la famille²⁴¹⁸ :

²⁴¹⁵ En République démocratique d'Allemagne, en revanche, l'approche était collective, le §3 du Code de la famille énonçait en effet que « l'éducation des enfants est à la fois le devoir et l'affaire de toute la société » (§3 Familiengesetzbuch Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, 20 décembre 1965) et le préambule du Code des familles définissait d'ailleurs la famille comme « la petite cellule de la société ». Dès lors, les différentes mesures mises en œuvre au nom de l'égalité des sexes (consacrée par l'article 7 de la Constitution de la République démocratique allemande, 7 octobre 1949), n'avaient pas tant pour but de consacrer des droits individuels, et notamment la liberté pour les femmes de se décider, ou non, en faveur de la maternité que d'encourager les naissances afin de fortifier l'État socialiste. Les enfants devaient en effet tous être éduqués au regard de l'idéologie communiste. Cependant, cela n'encourage pas le modèle de la femme au foyer. Voir notamment GERHARD U., « Perspektiven für eine Familienpolitik in Europa », Vortrag im Haus der Kirche in Herrnalb, 25 avril 2005 ; GERHARD U., « Politique sociale et maternité : le cas de l'Allemagne à l'est et à l'ouest », *Travail, genre et sociétés*, 2001/2, n° 6, p. 59 - 81.

²⁴¹⁶ Où par ailleurs aucune crise démographique n'inquiète les pouvoirs publics. Voir notamment, SALLES A., LETABLIER M.T., « La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 74.

²⁴¹⁷ SACKSOFSKY U., « Vereinbarkeit des geplanten Betreuungsgelds nach §16 IV SGB VIII mit Artikel 3 und Artikel 6 GG », *op. cit.* ; SALLES A., LETABLIER M.T., « La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 75.

²⁴¹⁸ SACKSOFSKY U., « Vereinbarkeit des geplanten Betreuungsgelds nach §16 IV SGB VIII mit Artikel 3 und Artikel 6 GG », *Bundnis 90 Die Grünen, Rechtsgutachten*, 2010 ; BROSIUS-GERSDORF F., *Demographischer Wandel und*

« La liberté des parents en ce qui concerne la constitution de leur famille et l'organisation de leur vie familiale doit rester hors d'atteinte de l'État. L'État doit rester en dehors du processus de décision des parents quant à la taille de leur famille et il n'a pas le droit de réduire les alternatives disponibles aux parents. Il doit maintenir ouvertes les différentes options pour les parents en ce qui concerne le nombre d'enfants souhaités, le modèle familial choisi ou les moyens d'éducation »²⁴¹⁹.

804. Certains auteurs observent que le droit à la famille garanti par l'article 6 de la LF protège celle-ci contre toute forme d'ingérence étatique²⁴²⁰ : « Afin de ne pas courir le risque d'être suspecté d'orienter les individus dans leur choix, le gouvernement de la RFA a pris ses distances vis-à-vis de toute politique nataliste afin de préserver la sphère familiale de toute influence extérieure et de respecter la liberté de choix des individus ». En principe, il existe une « obligation constitutionnelle de neutralité de l'État vis-à-vis des familles »²⁴²¹. Ce principe de neutralité est par exemple affirmé en 1977. Cette année-là, le juge constitutionnel a considéré que la réforme fiscale de 1971²⁴²² était contraire à la Loi fondamentale car les nouveaux seuils fixés permettaient « une déduction fiscale pour l'embauche d'une aide à domicile dès lors qu'il y a deux enfants au sein du foyer mais pas un »²⁴²³. La loi encourageait ainsi indirectement les foyers au sein desquels il y a deux enfants par rapport à ceux au sein desquels il n'y en a qu'un. Cet encouragement est jugé contraire à l'obligation de neutralité de l'État par la Cour constitutionnelle.

805. Le principe de neutralité est notamment l'une des raisons avancées pour justifier que le droit privilégie les aides financières aux aides structurelles, telles que la création de lieux d'accueil pour la petite enfance car un « soutien financier permet de laisser aux familles le soin de déterminer de quelle manière elles souhaitent utiliser cet apport, et correspond donc au souci de neutralité »²⁴²⁴. En apparence, les politiques menées permettent donc « de venir en aide aux familles, en particulier les plus démunies, tout en interférant le moins possible avec les choix des individus »²⁴²⁵.

Familienförderung, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2011, p. 295 citant HUSTER S., *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 533. Voir aussi, SEILER C., « Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes », *NVWZ*, 2007, p. 129 ; SEILER C., *Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2008, p. 25.

²⁴¹⁹ BROSIUS-GERSDORF F., *Demographischer Wandel und Familienförderung*, *op. cit.*, p. 295.

²⁴²⁰ SALLES A., LETABLIER M.T., « La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 75.

²⁴²¹ SACKSOFSKY U., RODRIGUEZ-RUIZ B., « Gender in the German Constitution », in RUBIO-MARIN R., BAINES B. (dir.), *The gender of constitutional Jurisprudence*, Cambridge Press, 2010, p. 162.

²⁴²² Et plus précisément §33 a Absatz 3 Nummer 2 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes - Loi sur les impôts sur le revenu (version de 1965, 1969 et 1971).

²⁴²³ BVerfG, 11 octobre 1977 - BVerfGE 47, 1, considérant 2.

²⁴²⁴ SALLES A., LETABLIER M.T., « La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 74.

²⁴²⁵ *Ibid.*

2. La prise en charge des frais engendrés par la famille au seul titre de la *compensation*

806. Le droit allemand prévoit lui aussi la prise en charge par l'État d'une partie des frais engendrés par l'éducation d'un enfant. Le §31 de la loi sur l'impôt sur le revenu dispose ainsi qu'« *une déduction fiscale, prévue au regard des conditions minimales d'existence de l'enfant, prenant en compte les besoins relatifs à son éducation, sa garde et sa formation, peut être réalisée, pendant la durée d'imposition, par le biais d'une exonération au regard du §32 alinéa 6 ou d'allocations familiales [...]* ».

807. Depuis 1954²⁴²⁶, la loi permet en effet le versement d'allocations familiales²⁴²⁷. Leur montant est augmenté par une loi de 1957²⁴²⁸ puis ces allocations sont généralisées par une loi de 1975 à tous les parents résidant en Allemagne²⁴²⁹. Depuis 1995, la loi fédérale sur les allocations familiales dispose que « *les allocations sont d'un montant de 192 euros par mois pour le premier et le second enfant, de 198 euros pour le troisième et de 223 pour le quatrième et les enfants suivants* »²⁴³⁰. Elles peuvent être touchées, sans condition de revenus, par toutes les personnes imposables en Allemagne ; à condition toutefois qu'elles ne bénéficient pas déjà d'un rabatement fiscal qui leur serait plus favorable, c'est-à-dire du quotient familial²⁴³¹. Elles sont ainsi versées à un taux progressif en fonction du nombre d'enfants qu'elles font naître²⁴³². En 2015, le législateur élargit le bénéfice des allocations familiales²⁴³³, en doublant la durée pendant laquelle les parents qui poursuivent une activité à mi-temps peuvent toucher les allocations.

808. Par ailleurs, l'État prend en charge une partie des frais liés à l'entretien d'un enfant par le biais du quotient familial²⁴³⁴ mis en place par une loi de 1957²⁴³⁵. Aujourd'hui, le §32 de la loi sur les impôts sur le revenu dispose que « *pour chaque enfant du contribuable, une réduction de 2394 euros est prévue pour lui garantir des conditions minimales d'existence, ainsi qu'une réduction de 1320 euros pour les frais de garde, d'éducation et de formation. Pour les couples qui sont imposables ensemble, les sommes sont à multiplier par deux si le lien de filiation est reconnu avec les deux parents [...]* ».

²⁴²⁶ « *Kindergeld* »

²⁴²⁷ Kindergeldergänzungsgesetz - loi sur les allocations familiales, 23 décembre 1955.

²⁴²⁸ Gesetz zur Änderung und Ergänzung von Vorschriften der Kindergeldgesetze - loi visant à modifier la loi sur les allocations familiales, 27 juillet 1957.

²⁴²⁹ Bundeskindergeldgesetzes (BKGG) - loi fédérale sur les allocations familiales, 31 janvier 1975.

²⁴³⁰ §6 alinéa 1 BKGG - loi fédérale sur les allocations familiales, 31 janvier 1975.

²⁴³¹ §32 EstG - loi sur les impôts sur le revenu, 13 novembre 1975.

²⁴³² §6 BKGG - loi fédérale sur les allocations familiales : En 2017, un couple avec un enfant touche 192 euros par mois, avec deux enfants 384 euros (soit 2x192) mais à partir de 3 enfants, le couple touche 198 euros par enfant - soit 588 euros par mois - et 223 euros à partir de 4 - soit 892 euros.

²⁴³³ Gesetz zur Einführung des ElterngeldPlus mit Partnerschaftsbonus und einer flexibleren Elternzeit - loi d'introduction des allocations parentales avec un bonus pour le partenaire et un congé parental flexible, 18 décembre 2014.

²⁴³⁴ « *Kindergeld* » ou « *Kinderfreibeitrag* ».

²⁴³⁵ §27 et §32 alinéa 4 Einkommensteuergesetz, - loi sur l'impôt sur le revenu, 13 novembre 1957 : « *Une réduction fiscale en raison de la présence d'enfants est possible pour les enfants qui n'ont pas encore 18 ans, 4 mois avant la fin de la période d'imposition. Sur demande, la réduction peut aller jusqu'aux 25 ans de l'enfant* ».

809. Cette prise en charge est justifiée par l'idée de *compensation* des frais liés à l'entretien de l'enfant. Ainsi, le juge constitutionnel juge, dès 1960, conforme à la Loi fondamentale « *le principe de la réglementation relative aux allocations familiales qui vise à compenser les charges importantes que représentent l'arrivée d'un enfant* »²⁴³⁶. Plus encore, au fil des réformes fiscales soumises à son contrôle, le juge impose au législateur l'obligation, au regard de l'article 6 LF, de « *compenser* »²⁴³⁷ ces charges afin de garantir un minimum vital à l'existence de l'enfant. À partir de 1990²⁴³⁸ il développe cette jurisprudence, considérant que le législateur doit toujours garantir au sein de « *l'impôt sur le revenu, une somme correspondant au minimum vital à la famille, qui doit rester dénuée de toute imposition. Seule la partie restante des revenus peut être imposée. Si le législateur décide de diminuer les aides sociales au regard de la capacité fiscale des individus, il doit le faire de telle sorte que l'allègement fiscal reste comparable pour tous* »²⁴³⁹. La Cour considère ainsi que « *l'article 6 alinéa 1 commande, lors de l'imposition d'une famille, de ne pas imposer la somme correspondant au minimum vital de la famille. Le minimum vital défini par le droit social constitue une limite qui ne peut être dépassée* »²⁴⁴⁰. Elle justifie notamment son argumentaire par l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale relatif au principe de dignité et de l'article 20 alinéa 1 LF relatif au principe de l'État social, considérant que « *de la même manière que l'État est obligé d'assurer à chaque citoyen des conditions d'existence minimum par le versement d'aides sociales, il ne peut pas retirer aux citoyens la part de ses revenus qui lui sert à assurer ces conditions* »²⁴⁴¹.

810. La logique affichée par les acteurs juridiques pour justifier l'existence des allocations familiales et du quotient familial est ainsi celle de la compensation dont la logique doit être distinguée, à plusieurs égards, de la logique expressément nataliste en France. Tout d'abord, la logique de la *compensation*, à la différence de la logique nataliste, n'entend pas nécessairement *inciter* les couples à procréer mais se borne à prendre en compte un fait : il est effectivement coûteux d'avoir des enfants. Ensuite, elle n'est pas nécessairement mise en œuvre dans le but d'assurer la survie démographique du pays mais s'explique au contraire par un souci de justice. Le but de la compensation est d'*aider* les gens à assurer le confort matériel de l'enfant. Par conséquent, le droit ne chercherait nullement à inciter les individus à devenir parents - en normalisant leurs comportements procréatifs, en encourageant l'idée selon laquelle le *bon* rapport sexuel serait

²⁴³⁶ BVerfG, 10 mai 1960 - BVerfGE 11, 105, considérant 1 et §30 à 32.

²⁴³⁷ BVerfG, 23 novembre 1976 - BVerfGE 43, 108, considérant 1 : « *La charge financière pour les parents que représente leur obligation d'entretien vis-à-vis de l'enfant est une circonstance qui ne peut pas ne pas être prise en compte par le droit fiscal, dès lors qu'aucune autre compensation n'est octroyée* ». Toutefois, le législateur n'est « *pas obligé de prendre fiscalement en compte toutes les charges économiques relatives à l'enfant. Il peut notamment organiser la compensation des charges de famille de telle sorte que les inégalités sociales qui existent déjà entre certains enfants à la naissance ne soient pas accentuées* » ; BVerfG, 29 mai 1990 - BVerfGE 82, 60.

²⁴³⁸ BVerfG, 29 mai 1990 - BVerfGE 82, 60, considérant 2.

²⁴³⁹ BVerfG, 29 mai 1990 - BVerfGE 82, 60, considérant 2 ; BVerfG, 10 novembre 1998 - BVerfGE 99, 216, considérant 2.

²⁴⁴⁰ BVerfG, 10 novembre 1998 - BVerfGE 99, 246, considérant 1.

²⁴⁴¹ BVerfG, 29 mai 1990 - BVerfGE 82, 60, §104.

procréatif - mais se contenterait d'aider économiquement les couples à disposer du minimum vital pour élever correctement l'enfant. Cela étant, il est possible de considérer que le seul fait d'opter pour une *compensation* des charges liées à l'entretien de l'enfant indique une préférence du droit allemand pour le modèle de la famille nombreuse, ou du moins pour celui au sein duquel il y existe au moins un enfant. En effet, en incitant les couples à procréer, le droit met toujours en œuvre des processus de normalisation de la parenté - *i. e.* des comportements procréatifs.

B. Une normalisation néanmoins à l'œuvre

811. Le modèle de la compensation n'est pas aussi neutre qu'il y prétend. Deux séries d'arguments permettent en effet de contester cette apparente neutralité.

812. En premier lieu, le modèle de la compensation ne saurait être vu comme permettant d'aider, de manière neutre, les couples à réaliser leurs choix procréatifs ou leur choix de vie. En effet, le droit allemand ne compense pas de la même manière les frais engendrés par tous les choix de vie procréatifs des individus. Ainsi, il importe de rappeler qu'il ne rembourse notamment pas le recours à une interruption de grossesse ou à une AMP lorsque le couple n'est pas marié²⁴⁴². Partant, il apparaît qu'il ne prend pas en charge *tous* les choix procréatifs. Plus largement, il ne prend pas en charge tous les choix de vie personnels susceptibles d'épanouir les individus, que ce soit la poursuite d'une activité sportive onéreuse ou l'entretien d'un grand nombre d'animaux de compagnie. Admettre la prise en charge des frais liés à l'entretien d'un enfant signifie que la décision de faire des enfants est considérée comme un choix plus légitime que l'IVG, la réalisation d'une AMP pour un couple non marié, ou la pratique de l'équitation ou du golf. Ce choix, plus que d'autres, justifierait donc un soutien financier de l'État.

813. En second lieu, la compensation ne peut être perçue comme servant seulement un objectif de justice sociale, de protection de l'enfance ou d'assistance aux plus démunis, comme le suggère l'argumentaire de la Cour constitutionnelle fondé sur la garantie d'un minimum vital pour l'enfant. En effet, les allocations familiales ou le quotient familial ne sont pas uniquement versés aux personnes économiquement défavorisées. Elles ne sont pas soumises à une condition de revenus. Les calculs faits par les caisses d'allocations sont toujours faits à la faveur des destinataires²⁴⁴³. Une personne très favorisée sur le plan économique peut ainsi obtenir une déduction fiscale importante alors même que cette aide n'est pas *de facto* la condition du bien-être matériel de l'enfant. De plus, ces aides financières jouent à un taux progressif. Or, rien n'indique qu'avoir 4 enfants coûte 2,3 fois

²⁴⁴² Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²⁴⁴³ §32 alinéa 6 EstG - loi sur l'impôt sur le revenu, 13 novembre 1975.

plus cher qu'avoir deux enfants. Dès lors, c'est la constitution de familles nombreuses au sein des classes moyennes qui tend à être favorisée par les taux d'allocations posés par la loi²⁴⁴⁴. Certains auteurs voient d'ailleurs dans le quotient familial une politique nataliste déguisée et un encouragement aux familles nombreuses²⁴⁴⁵. Cette interprétation est du reste corroborée par une décision de la Cour constitutionnelle de 2000 qui juge contraire au principe d'égalité l'égalité contribution des bénéficiaires *sans* et *avec* enfants à l'assurance maladie car seuls les seconds « *élèvent et éduquent des enfants et par conséquent, fournissent, en plus des cotisations habituelles, une contribution générationnelle permettant le bon fonctionnement du système de sécurité sociale* »²⁴⁴⁶. L'utilisation des termes *contribution générationnelle* sous-tend ici une logique nataliste : c'est parce que les individus qui ont fait des enfants aident au *maintien de la population* qu'ils doivent être autorisés à fournir une contribution moindre. C'est parce qu'ils fournissent des enfants à la société et aident ainsi à la résolution des problèmes, en particulier financiers, liés au vieillissement de la population - tels que le financement des retraites futures, ou de la Sécurité sociale - qu'ils doivent être financièrement encouragés à procréer²⁴⁴⁷. Certes, un tel raisonnement est propre au fonctionnement spécifique des assurances maladie qui ont besoin de nouveaux cotisants pour fonctionner mais n'est-ce pas là le propre d'une politique nataliste que d'assurer, entre autres, la survie économique du pays ? Autrefois nécessaires à la pérennité des armées, les politiques natalistes sont aujourd'hui davantage mises en œuvre à des fins économiques.

814. En troisième lieu, il faut noter que la dernière réforme fiscale introduit au sein du §31 de la loi sur les impôts sur le revenu la phrase suivante : « *Lorsque les allocations familiales [et le quotient familial] ne sont pas utiles à la famille, elles servent la promotion de la famille* ». La finalité des allocations familiales et du quotient familial devient ainsi expressément nataliste sans pour autant que la loi n'ait modifié le régime juridique de ces aides. Lorsque les pouvoirs publics assument et mettent en œuvre, au 21^{ème} siècle, comme nous le reverrons, une politique plus expressément nataliste²⁴⁴⁸, ils dévoilent la finalité jusqu'alors tacite des aides familiales. L'objectif nataliste reste toutefois critiqué par certains auteurs²⁴⁴⁹ qui estiment qu'il ne s'agit pas d'un objectif étatique légitime, notamment car il implique nécessairement une forme de réification de l'être humain. En effet, si les politiques natalistes, qui avaient autrefois pour but de « *donner des soldats à l'empereur* » cherchent surtout

²⁴⁴⁴ SACKSOFISKY U., « Ihr kinderlein kommet - Bevölkerungspolitik als Staatsaufgabe », *Rechtskolumne, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe - Universität*, n° 06/2016.

²⁴⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁴⁶ BVerfG, 3 avril 2001 - BVerfGE 103, 242.

²⁴⁴⁷ Elle est d'ailleurs critiquée pour cette raison : SACKSOFISKY U., « Ihr kinderlein kommet - Bevölkerungspolitik als Staatsaufgabe », *op. cit.*, §6.

²⁴⁴⁸ §31 alinéa 2 EstG - loi sur l'impôt sur le revenu. Voir aussi le projet de loi sur l'allocation parentale : Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Elterngeldes, Drucksache 16/1889, 20 juin 2006, p. 1.

²⁴⁴⁹ SACKSOFISKY U., « Ihr kinderlein kommet - Bevölkerungspolitik als Staatsaufgabe (Rechtskolumne) », *op. cit.*, §6.

aujourd'hui à « *donner des pourvoyeurs de retraites à l'État* »²⁴⁵⁰ ; dans les deux cas, les individus ne sont pas considérés « *comme des fins mais comme des moyens* »²⁴⁵¹ au service de la démographie, ce qui est contraire à la logique des droits fondamentaux allemands et au principe de dignité. Ute SACKSOFSKY estime, en outre, qu'un objectif nataliste a nécessairement des implications nationalistes puisqu'il suppose d'assurer la survie du peuple allemand (ou français) en tant que peuple spécifique²⁴⁵². Or, selon elle, qu'importe qu'un peuple se meure : si la population allemande venait à disparaître, le territoire allemand serait alors occupé par une autre population. Cela n'est aucunement problématique sauf à considérer que le peuple allemand, en tant que peuple spécifique, devrait être sauvegardé. Qui plus est, cette auteure considère que la décision de faire - ou de ne pas faire - un enfant est bien trop personnelle, intime et importante pour que l'État l'influence. L'État ne saurait légitimement *influencer* les comportements procréatifs car il n'apparaît pas légitime de penser la famille en terme « *d'utilité collective* »²⁴⁵³.

815. Cependant, la rédaction même de l'article 6 GG, qui dispose que « *le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'ordre étatique* » révèle une approche nécessairement collective de la question²⁴⁵⁴. Le grand nombre de décisions de la Cour constitutionnelle²⁴⁵⁵ relatives à la constitutionnalité de ces aides familiales montre du reste qu'il s'agit d'une question particulièrement importante en droit constitutionnel. La Cour constitutionnelle déclare d'ailleurs, à propos de l'article 6 LF qu'« *il ne s'agit pas d'un droit fondamental classique permettant la protection de la sphère privée du mariage et de la famille mais également de la protection d'une institution, d'une norme de principe qui pose une valeur fondamentale irriguant tout le domaine du mariage et de la famille en droit privé et public* »²⁴⁵⁶. À la lecture de tels propos, il semble difficile d'envisager une politique réellement neutre à l'égard des familles.

816. L'État allemand n'appréhende ainsi pas de la même manière les couples sans et avec enfants. Il encourage le choix d'enfanter, influençant, incitant, normalisant, par ce biais les comportements procréatifs des citoyens en faveur de l'enfantement. La libéralisation de l'avortement ne marque pas la fin des incitations juridiques à la procréation en Allemagne, même si elles sont, au 20^{ème} siècle, moins assumées qu'en France par les pouvoirs publics, en raison notamment du contexte historique du pays. À la sanction pénale - qui subsiste en théorie en

²⁴⁵⁰ *Ibid.*

²⁴⁵¹ *Ibid.*

²⁴⁵² *Ibid.*

²⁴⁵³ *Ibid.*

²⁴⁵⁴ Des commentateurs observent d'ailleurs que l'article 6 de la LF ne protège que la famille traditionnelle nucléaire. RODRIGUEZ-RUIZ B., SACKSOFSKY U., « Gender in the German Constitution », in RUBIO-MARIN R. (dir.), *The gender of constitutional jurisprudence, op. cit.*

²⁴⁵⁵ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁴⁵⁶ BVerfG, 7 janvier 1957, 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6, 55.

matière d'avortement - s'ajoutent voire se substituent des mécanismes d'incitation financière à l'enfantement. En ce sens, il faut souligner que lorsque la Cour constitutionnelle admet en 1993 la constitutionnalité partielle de la loi autorisant la pratique de l'avortement, c'est parce qu'elle admet que le droit pénal ne protège pas la vie anténatale de manière efficace. Par conséquent, elle autorise le législateur, on l'a vu, à mettre en place un nouveau système de régulation des comportements abortifs structuré autour de la consultation²⁴⁵⁷, pensée comme un mécanisme d'incitation au *faire vivre*. En parallèle, une loi du 19 mars 1993 relative à la *fondation mère et enfant - protection de la vie* prévoit, elle aussi, des mécanismes d'incitation au *faire vivre*, énonçant que « *la finalité de cette fondation est de mettre à la disposition des mères après la naissance de l'enfant ou des mères en devenir, qui se trouvent dans une situation de détresse et se rendent dans un centre de consultation au regard du §218 b du Code pénal les moyens qui leur manquent pour leur faciliter la poursuite de la grossesse* »²⁴⁵⁸. Même après la libéralisation de l'avortement, l'ordre juridique entend toujours, au nom du droit à la vie, encourager les individus à enfanter et particulièrement les femmes à accepter les conséquences de leurs rapports sexuels procréatifs.

817. Ainsi, plus d'un demi-siècle après la fin de la Seconde Guerre mondiale, la légitimité de l'État allemand à poursuivre un objectif nataliste reste encore fragile. Tel n'est pas le cas en France où les politiques natalistes ne sont que peu remises en question. Néanmoins, même si elles ne sont pas assumées de la même manière par les pouvoirs publics, dans les deux pays, il apparaît que le droit soutient l'idée selon laquelle le *bon* comportement sexuel est celui qui mène à production de nouveaux enfants.

818. Cela étant, les divergences qui peuvent exister dans l'appréhension des mesures natalistes en France et en Allemagne ne résident pas seulement dans une conception divergente de la légitimité de l'État à influencer la sphère procréative privée des individus. Elle s'explique également par une hiérarchisation différente des finalités quantitatives et qualitatives du biopouvoir. En France, pendant longtemps les pouvoirs publics français veulent avant tout inciter les femmes à procréer, en mettant l'accent sur la fonction *quantitative* et non *qualitative* de la maternité. En Allemagne, en revanche, les pouvoirs publics allemands considèrent surtout qu'il importe de préférer la dimension *qualitative* de la procréation à sa dimension *quantitative*. À des degrés différents, des processus de normalisation de la parenté sont toutefois mis en œuvre, dans les deux pays, par le droit à des fins *qualitatives*. La normalisation de la parenté n'entend pas ici encourager les personnes à devenir

²⁴⁵⁷ Voir sur ce point, ESER A., « Schwangerschaftsabbruch : Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils », *Juristische Zeitung*, 94, p. 503 et suivantes.

²⁴⁵⁸ §2 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung Mutter und Kind/Schutz des ungeborenen Leben - loi sur l'institution d'une fondation « mère et enfant/protection de la vie ».

parent afin de *multiplier la vie* mais tend à les inciter à devenir de *bons* parents pour leur enfant au regard, comme il convient désormais de le voir, d'une conception genrée des rôles parentaux.

Section 2. La normalisation de la parenté à des fins qualitatives

819. En Allemagne, un objectif *qualitatif* semble longtemps préféré à un objectif *quantitatif* : il apparaît préférable aux pouvoirs publics que les femmes soient avant tout de *bonnes mères*, quitte à ce qu'elles enfantent moins. Ces considérations divergentes peuvent compter parmi les explications d'un taux de natalité plus élevé en France qu'en Allemagne. En effet, les femmes allemandes, en général contraintes de choisir entre enfantement et carrière professionnelle, semblent se décider majoritairement pour la seconde option²⁴⁵⁹. Cela étant, dans les deux pays, objectif *qualitatif* et *quantitatif* s'entremêlent et se confondent parfois, l'un venant souvent au soutien de l'autre. En effet, en France comme en Allemagne, il importe maintenant de montrer que le droit ne tend pas seulement à encourager les individus à procréer à des fins *quantitatives* - pour assurer le maintien de la nation - mais les incite également à être de *bons parents*. La normalisation opère ici à un autre niveau : même si elle continue, à titre incident, à intervenir sur les comportements procréatifs, elle œuvre, à titre principal, sur les comportements parentaux. Par ce biais, ce n'est pas seulement la multiplication de *zoe* que le droit de la procréation encourage mais l'existence de *bios*. La *vie bonne* est à comprendre ici comme la vie produite dans un cadre susceptible d'assurer son développement, c'est-à-dire dans une structure familiale composée de parents *normaux*. La normalité tend ici à se manifester par le respect des normes (parentales) de genre. Le droit ne conçoit en effet pas la fonction parentale comme une fonction neutre du point de vue du genre : il appréhende différemment les fonctions parentales des personnes en fonction de leur sexe et modélise bien davantage la maternité que la paternité à l'aune de cette conception du genre.

820. Cette approche genrée des rôles parentaux se manifeste de différentes manières.

821. Historiquement, on peut observer que le droit, particulièrement français, considère que le *bon* comportement sexuel féminin est celui qui conduit à la maternité - sans imposer les mêmes contraintes aux hommes. La répression de la contraception et de l'avortement n'entend en effet, ni seulement protéger la vie anténatale *individualisée*, ni la vie *collective* de la population, mais également une certaine image de la femme vertueuse et bonne qui entretiendrait avant toute chose des relations sexuelles procréatives avant d'assumer la fonction maternelle susceptible d'en découler (**sous-section 1**). Aujourd'hui, cette normalisation de la parenté, et en particulier de la maternité, ne tend plus à s'exprimer par la répression de la contraception ou de l'avortement, *i.e* par le biais de la sanction pénale. Cependant, l'analyse entend mettre en lumière la pérennité, en droit, de l'idée selon laquelle une femme « normale » ne renonce pas à la maternité mais aspire au contraire à

²⁴⁵⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

s'occuper de ses enfants. En effet, même s'il est indéniable que depuis la libéralisation de l'avortement et de la contraception, les femmes ne sont plus astreintes à l'enfantement et à la maternité, les droits positifs français et allemand mettent toujours en œuvre, sous des formes diffuses et latentes, des processus de normalisation de la parenté et plus encore de la maternité. Ils ne poursuivent certes plus de finalité *morale* mais encouragent toujours les individus à respecter les normes parentales de genre, en incitant notamment les femmes - davantage que les hommes - à respecter les normes de la *bonne* parenté - de la *bonne* maternité (**sous-section 2**).

Sous-section 1. La répression de la contraception et de l'avortement

822. Il importe de s'intéresser ici aux fondements de la répression pénale de la contraception et de l'avortement. Leur analyse permet en effet de montrer que là où le récit commun justifie la pénalisation par le respect de la vie, il en va en réalité au moins autant d'un contrôle des sexualités féminines visant à astreindre les femmes à une fonction maternelle. Pour ce faire, il importe de montrer qu'au 20^{ème} siècle, la répression de la contraception et de l'avortement par les droits pénaux français et allemand est justifiée par des considérations d'ordre moral. En effet, en ce qui concerne la contraception, elle est considérée, en France et en Allemagne, comme immorale car elle incite les individus, et principalement les femmes, à la débauche sexuelle. Dès lors, la répression de la contraception entend protéger la moralité publique et par ce biais éviter le désordre social qu'engendrerait la possibilité pour les femmes de renoncer à la procréation. Les justifications apportées à la répression de la contraception dessinent alors en filigrane l'image de la *bonne* féminité : celle dont le comportement sexuel serait procréatif et mènerait à la maternité (**I**). En ce qui concerne ensuite l'avortement, à partir du 20^{ème} siècle, c'est également son potentiel subversif pour l'ordre moral qui est sanctionné par l'État : autoriser les femmes à interrompre leur grossesse risquerait en effet de mettre en péril l'ordre familial traditionnel et nuire à la *nature* profonde des femmes ; le droit encourageant ainsi l'idée selon laquelle les femmes aspireraient nécessairement toutes à être mères et mettant par ce biais en œuvre une normalisation de la maternité (**II**).

I. La répression de la contraception

823. En France comme en Allemagne, l'un des arguments justifiant, à titre principal, la répression de la contraception est la protection des bonnes mœurs. Ce sont en effet les dispositions pénales relatives aux bonnes mœurs qui servent à sanctionner les discours encourageant l'utilisation de contraceptifs. C'est une crainte de la débauche et de l'émancipation

sexuelle des individus et plus encore des femmes qui justifie notamment la répression de la contraception au début du 20^{ème} siècle en France. Cette justification indique alors que c'est la protection d'un bon ordre moral qui est protégé par le droit pénal. Celui-ci protège un ordre au sein duquel les femmes ont une vie sexuelle principalement procréative et acceptent la fonction maternelle susceptible d'en découler. Il assure, par ce biais, une normalisation des comportements sexuels et procréatifs en France (A). Il en va de même en Allemagne au début du 20^{ème} siècle puis tout particulièrement sous le Troisième Reich ; l'argument moral servant de justification rhétorique aux finalités eugéniques du régime (B).

A. La répression en France

824. Au 20^{ème} siècle, ce n'est pas la crainte de la destruction d'un œuf fécondé - *i.e* la protection de la vie biologique - qui explique l'accès restreint à la contraception mais une volonté de sauvegarder une certaine conception de la *morale*. En effet, pour pénaliser les discours relatifs à la contraception, le juge se fonde sur les dispositions des lois du 2 août 1882, qui sanctionnent les atteintes aux bonnes mœurs « *par la distribution à domicile, par leur remise sous bande ou sous enveloppe non fermée à la poste ou à tout agent de distribution ou de transport ; par des chants non autorisés proférés publiquement, par des annonces ou correspondances publiques contraires aux bonnes mœurs* »²⁴⁶⁰ et du 16 mars 1897 qui disposent que sera puni « *d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de seize à trois mille francs quiconque aura commis le délit d'outrage aux bonnes mœurs, par la vente, l'offre, l'exposition, l'affichage ou la distribution gratuite sur la voie publique ou dans les lieux publics d'écrits, d'imprimés autres que le livre, l'affiches, dessins, gravures, peintures emblèmes ou images obscènes* »²⁴⁶¹. Plusieurs décisions rendues sur ces fondements relèvent que la pénalisation des publications relatives à la contraception peut être analysée comme servant à asseoir le respect d'un ordre moral au sein duquel les femmes se doivent d'adopter le *bon* comportement procréatif : *enfanter*²⁴⁶². Par exemple, en 1907, le tribunal correctionnel de Paris censure la publication d'une lettre dans un journal car il s'agit d'une publication néomalthusienne incitant au recours à la contraception. Or, selon le juge, cette théorie est « *immorale et antisociale [car] la pratique arrêterait les progrès de l'humanité et serait pour la nation chez laquelle elle prévaudrait une cause certaine d'affaiblissement et de décadence* »²⁴⁶³. Cette publication « *encourage les*

²⁴⁶⁰ Loi du 2 août 1882 relative à la répression des outrages aux bonnes mœurs, JO, 4 août 1882, p. 4210.

²⁴⁶¹ Article 1 de la loi du 16 mars 1898 modifiant la loi du 2 août 1882 sur la répression des outrages aux bonnes mœurs, JO, 18 mars 1898, p. 1673.

²⁴⁶² Voir aussi, Chambre correctionnelle de Paris, 13 juillet 1908, Dalloz périodique, 1908, 2, p. 275 ; chambre correctionnelle de Pau, 1^{er} août 1908, Dalloz périodique, 1909, 2, p. 79-80 ; tribunal correctionnel de la seine, 28 décembre 1909, 9^{ème} chambre. Voir également, Chambre correctionnelle de Paris, 22 juillet 1910, Dalloz périodique, 2, 1911, p. 325.

²⁴⁶³ Tribunal correctionnel de Paris, 22 mars 1907, Dalloz périodique, 1907, 2, p. 191.

femmes, comme un droit et comme un devoir, à la stérilité volontaire, en invoquant non seulement des raisons de santé qui peuvent être légitimes, mais encore la crainte de la souffrance et le désir du bien-être, et qu'elle ne conseille pas, en même temps, la chasteté » ; que, dès lors, la lettre « *heurte donc ce devoir patriotique sur lequel repose la vie des peuples civilisés et qui a inspiré une grande partie de nos lois [...] qu'elle contient des invectives contre la patrie et exhorte les femmes à se révolter contre elle [...]* ». La limitation des naissances est ici perçue comme immorale car elle incite les *femmes* à se rebeller contre l'ordre établi, ce qui pourrait nuire à la démographie française. C'est notamment l'atteinte au *maintien de la population* que permet l'usage d'un contraceptif qui est ici jugé contraire aux bonnes mœurs. Le refus d'enfantement est manifestement assimilé à un manquement aux devoirs patriotiques du citoyen. En prônant l'usage des contraceptifs et en nuisant ainsi à l'injonction faite aux femmes d'enfanter, les publications néomalthusiennes incitent les femmes à l'immoralité et à l'indignité. Elles doivent être à ce titre censurées. Par ailleurs, d'autres décisions indiquent que le juge se refuse à considérer que les femmes puissent décider librement de renoncer à l'enfantement et à la maternité, estimant que doit être condamnée la personne qui « *a prêché l'amour libre, l'égalité des sexes devant l'amour ; la femme n'ayant plus à courir le risque de la grossesse grâce aux découvertes de la science, c'est-à-dire grâce à l'emploi de préservatifs et ne devenant mère que si elle le veut et à son heure, qu'une telle thèse est en elle-même immorale, qu'elle est une excitation permanente au libertinage et à la débauche, qu'elle présente les plus grands dangers sociaux* »²⁴⁶⁴. Ainsi, le renoncement à la maternité n'est pas seulement problématique d'un point de vue démographique, mais il est *per se* immoral car incitant à l'amour libre et à la débauche. Pour le juge, la possibilité pour les femmes d'exercer une vie sexuelle non procréative, c'est-à-dire une vie sexuelle sur laquelle ne pèserait pas la crainte d'une grossesse non désirée, présente de grands dangers sociaux. Offrir aux femmes la possibilité de renoncer à la maternité, sans renoncer à la sexualité, est ainsi jugé susceptible de mettre à mal les fondements mêmes de l'ordre social.

825. Ainsi, si les femmes ne craignent plus la survenance d'une grossesse, elles risquent de se laisser aller à la débauche. *A contrario*, l'absence de recours à la contraception - et la crainte de la survenance d'une grossesse qui s'en suit - permettent de *normaliser* les comportements sexuels féminins à l'aune d'une certaine conception des rôles sociaux de genre. Cela permet de s'assurer que la sexualité des femmes ne sera pas récréative, encourageant par ce biais une certaine image de la *bonne* féminité. L'interdiction de la contraception entend historiquement cantonner les femmes à un rôle procréatif afin notamment d'assurer le respect d'un certain ordre moral. Par ce biais, elles sont incitées à devenir mères. Il est vrai que la Cour de cassation, dans un arrêt de 1911 cherche à marquer un coup d'arrêt à ces raisonnements, considérant que « *l'annonce de substances, médicaments ou*

²⁴⁶⁴ Tribunal correctionnel de la seine, 28 décembre 1909, 9ème chambre.

remèdes destinés à procurer l'avortement ne saurait constituer par elle-même et indépendamment de toute description obscène ou contraire une atteinte aux bonnes mœurs »²⁴⁶⁵. Ainsi, selon la Cour de cassation, la limitation des naissances ne peut pas être *per se* considérée comme contraire aux bonnes mœurs²⁴⁶⁶. Cependant, les propos des juges du fond au début du 20^{ème} siècle montrent qu'historiquement la répression de la contraception n'est pas sans lien avec une volonté de limiter l'émancipation sexuelle des femmes²⁴⁶⁷ car cette dernière serait alors susceptible de s'éloigner de sa fonction sociale élémentaire : la maternité. En Allemagne le cheminement est relativement similaire même si sous la République de Weimar, la contraception est abordée de manière plus libérale qu'en France à la même époque.

B. La répression en Allemagne

826. L'argument moral se retrouve également en Allemagne au début du 20^{ème} siècle. Il est central sous l'Empire puisque ce sont les dispositions pénales relatives aux bonnes mœurs qui, comme en France, permettent au juge de limiter l'accès à la contraception. La contraception est ici aussi perçue comme une incitation à la débauche et à l'infidélité, ce qui ne correspond pas à l'image que le droit entend renvoyer du *bon* comportement sexuel (1). Même si cette conception s'atténue sous la République de Weimar, elle revient en force - et trouve même son apogée - sous le régime nazi, sans complètement disparaître à la chute du Troisième Reich (2).

1. La répression de 1900 à 1933

827. Depuis 1871, date d'entrée en vigueur du Code pénal prussien, les dispositions pénales relatives aux outrages aux bonnes mœurs servent également à limiter la circulation d'informations relatives à la contraception et, *in fine*, son accès. C'est notamment le §184 du Code pénal allemand qui est mobilisé. Il dispose que « *celui qui vend, partage ou diffuse des écrits, des images ou des représentations impudiques ou qui les présente ou affiche dans des lieux qui sont ouverts ou public, sera puni d'une amende ou d'une peine pouvant aller jusqu'à 6 mois de prison* »²⁴⁶⁸. Une décision du Tribunal impérial de 1901 considère que la publicité pour les contraceptifs tombe sous le coup du §184 car la contraception est en général destinée aux rapports sexuels extra-conjugaux et, par conséquent, à un usage immoral²⁴⁶⁹. Le tribunal estime que tous les objets qui peuvent être utilisés pour des rapports sexuels

²⁴⁶⁵ CC, 14 janvier 1911, Dalloz périodique, 2, 1911, p. 325 ; voir également CC, 19 novembre 1910, Dalloz périodique, 1911, p. 98.

²⁴⁶⁶ Il faut également considérer que la loi de 1920 s'oriente par la suite principalement vers un objectif *quantitatif*, comme il a été donné de le voir. Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁴⁶⁷ MOSSUZ J., « La régulation des naissances : les aspects politiques du débat », *op. cit.*, p. 925.

²⁴⁶⁸ §184 du StGB (version de 1900).

²⁴⁶⁹ Reichsgericht, 23 septembre 1901, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, n° 34, 2103/01, p. 365.

potentiellement extra-conjugaux sont *per se* obscènes ; notamment car ils servent à empêcher la transmission de certaines maladies, plus courantes, selon lui, dans des relations d'adultère²⁴⁷⁰. Dans une décision de 1908, le juge considère à nouveau que toute forme d'exposition publique de contraceptifs²⁴⁷¹ est contraire aux bonnes mœurs ; et ce même si « *le produit est présenté de manière décente, irréprochable, et que toute forme d'ironie, de provocation et de lascivité a été évitée* »²⁴⁷². L'objectif est clair : toute allusion aux contraceptifs doit disparaître des journaux, magazines et livres²⁴⁷³. Les propos du gouvernement et du courant conservateur de l'époque montrent également que ces derniers craignent que les moyens de contraception ne mènent à une dégradation des mœurs²⁴⁷⁴. Même si les acteurs juridiques entendent, à première vue, lutter tout autant contre la débauche masculine que féminine, c'est surtout la sexualité féminine qui est *normalisée* par la répression de la contraception²⁴⁷⁵ : en l'absence de contraception, la sexualité féminine devient nécessairement procréative. C'est ainsi tout particulièrement sur les femmes que pèse également le poids d'une éventuelle grossesse et de la charge des enfants susceptibles d'en découler.

828. Cet élément est d'ailleurs indirectement souligné par le tribunal de Chemnitz sous la République de Weimar. La libéralisation procède, à cette époque, d'une prise en compte de l'égalité des sexes. En effet, en 1929, le juge annule la condamnation pénale d'un membre d'une association pro-contraception prononcée sur le fondement du §184, estimant qu'

*« un rapport intime, même hors mariage, entre un homme et une femme ne peut pas être per se perçu comme une atteinte aux bonnes mœurs [...] [car] de l'avis de la grande majorité du peuple, l'utilisation de moyen de contraceptions n'est, ni honteuse, ni contraire à la moralité. L'utilisation de tels moyens s'est en effet généralisée dans toutes les couches de la population, que les couples soient ou non mariés »*²⁴⁷⁶.

829. Le juge justifie également son propos par le respect du principe d'égalité entre les hommes et les femmes constitutionnellement garanti :

*« l'égalité homme/femme, qui est légalement consacrée, conduit à considérer que chaque femme peut décider seule, qu'elle soit mariée ou non, combien d'enfants elle souhaite mettre au monde et qu'il peut même être considéré, dans certaines sphères de la société, qu'il est immoral de nuire à la beauté, la santé et l'espérance de vie de l'épouse en lui imposant de mettre au monde un nombre d'enfants trop élevés »*²⁴⁷⁷.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*

²⁴⁷¹ DIENEL C., *Kinderzahl und Staatsräson: Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918*, op. cit., p. 70.

²⁴⁷² §184 StGB.

²⁴⁷³ DIENEL C., *Kinderzahl und Staatsräson: Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918*, op. cit., p. 70 : entre 1902 et 1914, 435 personnes furent poursuivies sur ce fondement pour avoir proposé ou vanté les mérites des contraceptifs et que 70% d'entre elles furent condamnées.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 98.

²⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 43.

²⁴⁷⁶ Propos du juge retranscrits par USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, op. cit., p. 139.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*

830. Le juge estime ici que la sauvegarde des intérêts individuels des femmes doit l'emporter sur le respect d'une certaine morale²⁴⁷⁸. Plus encore, en considérant que la question contraceptive est liée à celle de l'égalité entre les sexes, il tend *a contrario* à souligner que les obstacles persistants à l'accès à la contraception sont davantage susceptibles de nuire aux femmes qu'aux hommes. Cette décision, pour laquelle aucun appel n'est interjeté, est alors considérée comme une victoire par les militants de la libéralisation de la contraception²⁴⁷⁹.

831. Cependant, cette décision s'inscrit malgré tout dans un contexte social et juridique de valorisation de la maternité. L'historienne Helen BOAK observe que, sous Weimar, « *il est préférable que les femmes n'aient pas trop d'enfants afin qu'elles soient plus disponibles psychologiquement et émotionnellement et qu'elles puissent mieux les éduquer* »²⁴⁸⁰ et que « *les réformes dans le domaine de la sexualité ne concernent pas tant les droits individuels des femmes sur leur corps [...] que la prospérité de l'État providence* »²⁴⁸¹. La libéralisation de la contraception s'explique ainsi par une primauté de l'objectif *qualitatif* sur l'objectif *quantitatif*. De manière générale, l'institution familiale reste centrale. La Constitution dispose d'ailleurs que le mariage reste juridiquement « *la fondation de la famille de la préservation et de la reproduction de la nation* »²⁴⁸². Ainsi, « *de manière assez ironique, l'insistance des valeurs familiales ainsi que le nouveau rôle des femmes lors de la reconstruction nationale de l'Allemagne a conduit à considérer le contrôle des naissances comme un but légitime pour assurer la survie d'une unité familiale fonctionnelle* »²⁴⁸³. C'est donc moins l'autonomie procréative que le bien-être de la famille qui justifie l'accès aux contraceptifs sous Weimar. Une telle conception continue donc à valoriser les femmes en tant que mères, et c'est donc la protection de la *bonne maternité* qui justifie la libéralisation.

832. Cette valorisation atteint son paroxysme sous le Troisième Reich. En effet, le régime nazi cherche la production de *bios*, aspirant à la création d'une race aryenne supérieure. Il veut assurer la « *reproduction et la production de substance biologique de bonne race* »²⁴⁸⁴ ou à la « *procréation et production d'une saine substance biologique* »²⁴⁸⁵. Or, sous le Troisième Reich, produire *bios* suppose à la fois d'imposer par une violence extrême la création de la *vie bonne*, c'est-à-dire, en l'occurrence, la production

²⁴⁷⁸ USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, op. cit., p.139.

²⁴⁷⁹ *Ibid.* Par ailleurs, l'accès au préservatif est facilité par la loi de 1927 relative à la lutte contre les maladies sexuellement transmissibles : Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheit, 18 février 1927, RGBLI S. 61, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1927. Voir en ce sens, BOAK H., *Women in the Weimar Republic*, Manchester, Manchester University Press, 2013, p. 200.

²⁴⁸⁰ USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, op. cit., p. 35.

²⁴⁸¹ BOAK H., *Women in the Weimar Republic*, op. cit., p. 208.

²⁴⁸² Article 119 de la Constitution de la République de Weimar.

²⁴⁸³ USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, op. cit., p. 131.

²⁴⁸⁴ CHAPOUTOT J., « Reproduction et révolution normative : mariage, monogamie et biologie sous le III^e Reich », *Revue de l'IFHA*, 4, 2012, §31.

²⁴⁸⁵ *Ibid.*

d'enfants correspondant à l'idéologie de la race aryenne²⁴⁸⁶ mais aussi le respect par les individus, et en particulier par les femmes, de leur obligation d'enfanter.

2. La répression de 1933 à 1973

833. Le régime nazi impose aux personnes aryennes d'enfanter en limitant notamment l'accès à la contraception (a). Après 1945, la volonté des pouvoirs publics de se différencier radicalement des pratiques nazies aurait pu conduire à la pleine libéralisation de la contraception et à la suppression du §184 du Code pénal allemand. Pourtant, le juge judiciaire continue d'interdire la distribution de contraceptifs dans les lieux publics jusqu'à la fin des années 1970 car il la juge contraire aux bonnes mœurs. La protection de l'ordre moral légitime donc toujours la mise en place d'une entrave juridique à l'accès aux contraceptifs et, avec elle, une normalisation, fût-elle indirecte et incidente, des comportements procréatifs et de la parenté (b).

a. L'interdiction de la contraception pour les femmes aryennes de 1933 à 1945

834. Le droit nazi restreint l'accès aux contraceptifs en se fondant sur une rhétorique morale²⁴⁸⁷. C'est parce que la contraception est le signe d'une légèreté des mœurs qu'elle doit être strictement interdite²⁴⁸⁸. Son autorisation risquerait d'éloigner les femmes de leur obligation morale première : la maternité. En effet, cette restriction à l'accès aux contraceptifs, qui poursuit une finalité eugénique puisqu'elle ne concerne que les femmes aryennes, s'inscrit dans une tendance générale à la valorisation de la maternité²⁴⁸⁹. Par exemple, un règlement instaure, « en signe de remerciement du peuple allemand aux mères de familles nombreuses, la médaille d'honneur de la mère allemande »²⁴⁹⁰. Le premier article du décret d'application énonce ensuite que la médaille est donnée aux « mères de famille allemandes méritantes »²⁴⁹¹. Les propos d'Adolphe HITLER ou de Joseph GOEBBELS confirment que cette disposition entend sacraliser la maternité : ils présentent tous les deux la mère de famille comme la femme idéale, affirmant que le « devoir de la femme est d'apporter des enfants en bonne santé au

²⁴⁸⁶ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2, titre 2, chapitre 2).

²⁴⁸⁷ Voir sur ce point, SIGMUND A. M., *Das Geschlechtsleben bestimmen wir! Sexualität im Dritten Reich*, München 2008. ; HERZOG D., *Die Politisierung der Lust. Sexualität in der deutschen Geschichte des zwanzigsten Jahrhunderts*, München 2005.

²⁴⁸⁸ HERZOG D., *Die Politisierung der Lust, sexualität in der deutschen Geschichte des zwanzigsten Jahrhunderts*, München, Siedler Verlag, 2005, p. 21.

²⁴⁸⁹ KOONZ C., *Mothers in the Fatherland - Women, the Family and Nazi politics*, *op. cit.*, p. 186.

²⁴⁹⁰ Verordnung des Führers und Reichskanzlers über die Stiftung des Ehrenkreuzes der Deutschen Mutter du 16 décembre 1938, Reichsgesetzblatt, 24 décembre 1938, n° 224, p. 1923.

²⁴⁹¹ Article 1 de la Satzung des Ehrenkreuzes der Deutschen Mutter vom 16 dezember 1938, Reichsgesetzblatt, 24 décembre 1938, p. 1924. Trois conditions sont nécessaires : qu'elles soient de sang allemand, que les enfants soient également de sang allemand, qu'ils soient nés vivants et que la mère soit digne de cette médaille.

peuple, de les éduquer pour la nation et d'agir consciemment pour la survie du peuple »²⁴⁹². L'interdiction de la contraception est ainsi notamment justifiée par une protection de la fonction maternelle. Sous le régime du Troisième Reich, le mariage et la famille sont considérés comme les piliers des politiques nazies et comme une obligation pour les femmes. En assurant leurs obligations maternelles et familiales, elles agissent dans l'intérêt général de la communauté²⁴⁹³. La répartition traditionnelle des rôles - illustrée par l'adage des *trois K* (*Küche* (cuisine), *Kirche* (Église) et *Kinder* (enfants)) - assure à la fois l'augmentation de la natalité et le maintien des valeurs morales de la société, transmises par les mères - elles-mêmes éduquées par la société²⁴⁹⁴ - à leurs enfants.

835. Cela étant, sous le Troisième Reich, la maternité n'est pas une affaire privée. En ce sens, le décret du 12 décembre 1935 crée l'association *Lebensborn* gérée par la SS dans les différents Länder. Elle a pour but de faciliter la reproduction de la race aryenne²⁴⁹⁵. Des lieux sont consacrés à la rencontre entre des femmes aryennes et des SS à des fins reproductives. Les femmes accouchent ensuite anonymement et remettent l'enfant aux SS afin qu'il soit élevé par les programmes d'éducation nazie²⁴⁹⁶. Les sources historiques rapportent que ce programme conduit à la naissance de plusieurs milliers d'enfants²⁴⁹⁷. En 1939, Heinrich HIMMLER adopte un *ordre de reproduction* qui commande aux hommes de féconder les femmes allemandes disponibles :

« Au-delà des limites imposées par des lois et des usages bourgeois par ailleurs peut-être nécessaires, le fait de devenir les mères de soldats partant au front va devenir un devoir supérieur, y compris en dehors du mariage, pour des jeunes femmes et filles de bon sang, non pas par légèreté, mais pour les raisons morales les plus sérieuses et les plus profondes »²⁴⁹⁸.

836. Le lien mère-enfant n'est ainsi pas particulièrement sacralisé sous le Troisième Reich, à l'instar d'une conception maritale de la procréation ou du principe de fidélité²⁴⁹⁹. Dans la mesure où

²⁴⁹² Propos de Goebbels cités par OSSIETZKY (von) C., *Der Beitrag der Fibeln des Dritten Reiches zur Vermittlung der nationalsozialistischen Ideologie - eine kritische Analyse ihrer Inhalte*, Thèse, Oldenburg, 2005, p. 216.

²⁴⁹³ CZARNOWSKI G., *Das Kontrollierte Paar - Ehe und Sexualpolitik im Nationalsozialismus*, Weinheim, Deutschen Studienverlag, p.1998, p. 14. Plus largement, sur le lien entre communauté et individualité dans le discours juridique nazi : JOUANJAN O., *Justifier l'injustifiable - l'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017.

²⁴⁹⁴ Cette éducation était réalisée par les organisations féminines du NS (« Frauenschaft », « deutsche Frauenwerk », « Reichsmütterdienst »). Des formations étaient organisées pour les femmes ariennes. On observe ainsi que les politiques nazies passent autant par des « contraintes » que par des processus de normalisation.

²⁴⁹⁵ Sitzung, 12 décembre 1935. Voir aussi, SADNKE C., *Das Lebensborn : Eine Darstellung der Aktivitäten des Lebensborn e.V im Kontext der nationalsozialistischen Rassenideologie*, Master, Hambourg, 2006. Voir aussi, FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, op. cit., p. 115.

²⁴⁹⁶ LILIENTHAL G., *Der « Lebensborn e.V. ». Ein Instrument nationalsozialistischer Rassenpolitik*, Francfort sur le main, Fischer, 2003.

²⁴⁹⁷ SCHMITZ-KÖSTER D., VANKANN T., *Lebenslang Lebensborn. Die Wunschkinder der SS und was aus ihnen wurde*, München, Piper, 2012.

²⁴⁹⁸ « Zeugungsbefehl » - ordre de procréation, 29 octobre 1939, cité par CHAPOUTOT J., « Reproduction et révolution normative : mariage, monogamie et biologie sous le III^{ème} Reich », op. cit., §51.

²⁴⁹⁹ CHAPOUTOT J., « Reproduction et révolution normative : mariage, monogamie et biologie sous le III^{ème} Reich », *Revue de l'IFHA*, 4, 2012,

« la guerre totale est menée [...] avec des femmes et des enfants »²⁵⁰⁰, l'idéologie nazie semble prête à faire « fi du mariage et de l'obligation d'une reproduction conjugale, d'autant plus que les hommes manquent. De même que les hommes sont soumis au "devoir de combattre", les femmes ont "le devoir de se reproduire" »²⁵⁰¹. Ainsi, comme le préconise le dirigeant de la SS « le combat biologique mené par notre peuple commandera de dépasser des conceptions de l'honneur féminin par trop prudes ». En revanche, les femmes qui se soustrairont à ce devoir biologique « devront être évaluées du point de vue social et moral comme elles le méritent. Elles n'ont pas plus de valeur que le planqué ou, au pire, le soldat déserteur. La guerre totale va donc aussi mener à une révolution contre les concepts moraux hypocrites de l'âge bourgeois »²⁵⁰². Ainsi, « c'est par devoir que l'on combat et que l'on tue. C'est tout autant par devoir que l'on copule et procréé »²⁵⁰³. Sous le Troisième Reich, les femmes n'ont pas le droit de se décider individuellement pour la contraception car son usage est nuisible à la collectivité et à l'image de la mère idéale (mère d'une famille nombreuse) construite par le droit nazi. La normalisation des comportements procréatifs - en particulier féminins - atteint ici son apogée. L'utilisation de l'argument moral ne peut cependant être séparée de la finalité eugénique des politiques nazies. La restriction de la contraception ne s'applique en effet pas de la même manière à l'encontre des femmes aryennes qui doivent procréer et des « autres » qui ne doivent pas se reproduire. C'est l'une des raisons pour lesquelles après 1945, les pouvoirs publics entendent définitivement rompre avec de telles pratiques. Malgré tout, même après 1945, une appréhension morale de la contraception persiste.

b. L'interdiction de la distribution des contraceptifs dans les lieux publics de 1945 à 1973

837. Après la chute du Troisième Reich, l'accès à la contraception se libéralise²⁵⁰⁴. Toutefois, le §184 alinéa 1, n° 3a du Code pénal allemand continue d'interdire la publicité relative aux préservatifs lorsqu'elle est contraire aux bonnes mœurs²⁵⁰⁵. La loi de 1965 ajoute en effet la totalité des contraceptifs à la liste des objets susceptibles de porter atteinte à la moralité publique, notamment lorsqu'ils sont présentés dans un lieu public²⁵⁰⁶. Plus encore, le juge judiciaire, à la

²⁵⁰⁰ Propos de Ludwig Eckstein cités par CHAPOUTOT J., « Reproduction et révolution normative : mariage, monogamie et biologie sous le III^e Reich », *op. cit.*, §66.

²⁵⁰¹ CHAPOUTOT J., « Reproduction et révolution normative : mariage, monogamie et biologie sous le III^e Reich », *op. cit.*, §66.

²⁵⁰² *Ibid.*

²⁵⁰³ *Ibid.*, §52.

²⁵⁰⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2) ; (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²⁵⁰⁵ §184 alinéa 1, 3a (version de 1927).

²⁵⁰⁶ Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens - loi sur la publicité dans le domaine de la santé, 11 juillet 1965.

différence du juge administratif²⁵⁰⁷, interprète cette disposition comme interdisant les distributeurs de préservatifs dans l'espace public. En effet, dans plusieurs décisions des années 1950 et 1960²⁵⁰⁸, la Cour fédérale de justice condamne pénalement les commerçants qui ont des distributeurs de préservatifs dans leur magasin, estimant que « *celui qui installe un distributeur de préservatifs dans une rue publique ou sur une place porte atteinte aux bonnes mœurs, indépendamment de toute circonstance obscène supplémentaire* »²⁵⁰⁹. Dans une décision de 1959, la Cour fédérale précise qu'il est certes nécessaire de « *concilier la protection de la santé publique - qui suppose l'accès aux préservatifs afin de lutter contre les MST - et la morale, mais la présence d'un distributeur sur la voie publique dépasse les limites acceptables à l'objectif de santé publique* »²⁵¹⁰. *Prima facie*, c'est principalement la protection de la jeunesse qui semble orienter le raisonnement du juge. Selon la Cour, « *le distributeur rend en effet les préservatifs visibles de tous, y compris des jeunes et des enfants. Dans la mesure où les préservatifs ne coûtent pas très cher, ils risquent d'être achetés par des jeunes qui risquent alors de s'en servir plus prématurément que prévu* »²⁵¹¹. Cependant, c'est également une conception moralisante de la sexualité qui explique sa décision. En effet, le juge considère que « *le distributeur permet à l'acheteur de se procurer discrètement un préservatif et de ne pas avoir à se sentir honteux par rapport au vendeur* »²⁵¹². Or, selon la Cour, « *ressentir un sentiment de honte est non seulement naturel mais également nécessaire car il permet aux individus de ne pas considérer le préservatif comme un objet du quotidien, et la sexualité comme quelque chose d'évident* »²⁵¹³. Le juge semble par ailleurs sous-entendre qu'en permettant aux individus d'acheter librement et facilement des préservatifs, les rapports sexuels extra-conjugaux, pourtant pénalement interdits²⁵¹⁴, seront facilités²⁵¹⁵. L'interprétation faite par le juge du §184 du Code pénal allemand indique qu'un lien exprès est encore établi entre la protection des bonnes mœurs - *i.e* d'une certaine morale - et la contraception.

838. Cela étant, en Allemagne, le juge ne se fonde pas aussi expressément que son homologue français sur une conception particulière de la sexualité *féminine* pour restreindre la publicité faite aux contraceptifs. Ce sont autant les comportements féminins que masculins qu'il entend manifester normaliser. Son propos produit, malgré tout, des effets de genre. En effet, *dans les faits*, ces décisions nuisent particulièrement aux femmes, qui - outre les risques de MST pour tous -

²⁵⁰⁷ Contra : BVerwG, 23 février 1960, AZ IC241, p. 58. Le juge administratif décide en revanche que la présence de distributeur de préservatif dans des lieux publics n'est pas une atteinte à l'ordre public. Voir en ce sens, LG München, 8 septembre 1958 ; BayOLG, 9 juin 1960, NJW 1960, p. 1272 ; OLG Hamm, 19 juillet 1960, NJW 1960, p. 1416.

²⁵⁰⁸ BGH, 17 mars 1959, AZ 1 StR 562/58 ; BGH, 27 janvier 1961, AZ 1 StR 600/60 ; BGH, 05 juillet 1962, Az 1 StR 136/62.

²⁵⁰⁹ BGH, 17 mars 1959, AZ 1 StR 562/58.

²⁵¹⁰ *Ibid.* §3.

²⁵¹¹ *Ibid.* §6.

²⁵¹² *Ibid.*

²⁵¹³ *Ibid.*

²⁵¹⁴ §172 StGB (ancienne version).

²⁵¹⁵ BGH, 17 mars 1959, AZ 1 StR 562/58, §5 (jurion).

peuvent plus difficilement entretenir une vie sexuelle libérée sans prendre le risque d'une grossesse non désirée. Par conséquent, les entraves juridiques à l'accès à la contraception encouragent davantage une normalisation des comportements sexuels féminins que masculins. C'est ainsi davantage la maternité que la paternité que normalise le droit. La pénalisation de l'avortement entend également limiter l'émancipation sexuelle des femmes, assurant par ce biais, à nouveau, la sauvegarde d'un bon ordre moral et l'assignation des femmes à la maternité.

II. La répression de l'avortement

839. En France, la répression de l'avortement ne vise pas, ni la seule protection de la vie anténatale, ni le seul *maintien* de la population. Elle entend également assurer le maintien d'un certain *ordre moral* au sein duquel les femmes se doivent de respecter leur assignation à la maternité. Une fois de plus, il apparaît qu'historiquement, en droit, le comportement sexuel féminin décent est procréatif (A). En Allemagne, en revanche, c'est le *droit à la vie* qui est présenté, après 1945, comme l'objectif premier de la répression. C'est le respect du droit à la vie qui implique une obligation pour les femmes de mener à terme leur grossesse et justifie leur interdiction de disposer de leur corps. Autrefois sous la coupe de l'État au nom du *maintien de la population*, les capacités procréatives des femmes sont désormais sous la coupe du fœtus au nom de son droit à la vie. Ce nouveau paradigme produit lui aussi de forts effets de genre puisqu'il continue d'astreindre, tout autant que le paradigme de la natalité, les femmes à une fonction maternelle. Il normalise tant leurs comportements procréatifs que leur maternité, en encourageant l'idée selon laquelle le *bon* comportement procréatif féminin est celui qui aboutit à la naissance d'un enfant (B).

A. La répression en France

840. Dès le début du 20^{ème} siècle, la pénalisation de l'avortement entend assurer le respect d'un certain ordre moral, au sein duquel les femmes ont une sexualité procréative. Ainsi, le tribunal correctionnel de Paris considère en 1907 que « *tombent sous l'application de la loi [...] sur la répression des outrages aux bonnes mœurs [...] des annonces tendant à l'offre de remèdes prétendus infailibles contre la suppression des règles, quelle qu'en soit l'origine, qui constitue une provocation non déguisée à des manœuvres abortives [car] elles tendent à éveiller dans l'imagination du public des idées malsaines et à favoriser l'esprit de débauche* »²⁵¹⁶. Exactement comme en matière contraceptive, le juge établit ici un lien entre l'avortement et l'incitation à la débauche en raison de la dissociation entre procréation et sexualité que l'avortement permet. En ne craignant plus les conséquences d'un rapport sexuel fécond, le « public » risque

²⁵¹⁶ Tribunal correctionnel de Paris, 22 mars 1907, Dalloz périodique, 1907, 2, p. 191.

d'avoir des « *idées malsaines* » et de mener une vie « *de débauche* ». Dans la mesure où ces annonces offrent des remèdes « *contre la suppression des règles* », il est aisé de supposer qu'elles s'adressent aux femmes. Partant, ce sont avant tout les comportements sexuels féminins qui doivent être protégés contre la débauche, *i.e* normalisés.

841. À partir de la fin de la Première Guerre mondiale, l'enjeu principal de l'encadrement de l'avortement est d'ordre démographique²⁵¹⁷ en France²⁵¹⁸. Cela étant, même si c'est avant tout la multiplication de *zoe* - le *maintien de la population* - qui explique la répression ; l'argument moral joue également à titre incident. Par exemple, lorsque la loi de 1923 correctionnalise l'avortement afin de rendre la pénalisation plus efficace, certains parlementaires soulignent que la correctionnalisation ne suffira pas à améliorer la répression de l'avortement, qu'« *il faut d'abord mener une campagne vigoureuse contre la propagande néomalthusienne. Il faut également que tous les citoyens, les pouvoirs publics, le gouvernement combattent la débauche par tous les moyens qui ont à leur disposition* »²⁵¹⁹. De la même manière, les dispositions du décret-loi de 1939 cherchent elles aussi à protéger les valeurs morales de la famille puisque l'introduction de ce décret précise qu'il entend « *soutenir les familles nombreuses du point de vue matériel et protéger la cellule familiale du point de vue moral* »²⁵²⁰. Par ailleurs, sous Vichy, le régime de l'avortement particulièrement répressif se fonde sur un discours très anti-féminin fondé sur une stigmatisation de la « *mauvaise femme* »²⁵²¹, celle qui « *sacrifie à sa coquetterie et à sa frivolité le devoir sacré de la maternité* »²⁵²². On en veut notamment pour preuve les propos tenus par le juge le 8 juin 1943 lors du procès de Marie Louise GIRAUD, jeune femme condamnée à mort pour avoir réalisé 27 avortements. En effet, lors de ce procès le juge souligne « *l'immoralité de l'accusée qui a avoué avoir trompé son mari jusque dans le lit conjugal* »²⁵²³. De tels propos révèlent que ce n'est pas directement l'atteinte portée à la vie anténatale qui est sanctionnée par le juge mais, comme le soulignent certains auteurs, le caractère de l'accusée : « *Frivole, adultère, mauvaise mère, méprisant son mari, la femme Giraud ne se contente pas de pratiquer des avortements [...], elle sous-loue également des chambres à des prostituées* »²⁵²⁴. Les propos du juge montrent ainsi que ce qui est pénalisé ici c'est tout ce que « *l'idéologie de la Révolution nationale rejette chez la femme* »²⁵²⁵. Le procès de Maire Louise GIRAUD sera

²⁵¹⁷ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁵¹⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁵¹⁹ Chambre des députés, Georges Thibout, 13 janvier 1923, p. 57.

²⁵²⁰ Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, JO, 30 juillet 1939, p. 9607.

²⁵²¹ OLIVIER C., *Le vice ou la vertu - Vichy et les politiques de la sexualité*, *op. cit.*, p. 47.

²⁵²² LE NAOUR J-Y, VALENTI C., *Histoire de l'avortement (XIX-XX)*, *op. cit.*, p. 194.

²⁵²³ Tribunal d'État, 8 juin 1943 retranscrit par LE NAOUR J-Y, VALENTI C., *Histoire de l'avortement (XIX-XX)*, *op. cit.*, p. 194.

²⁵²⁴ LE NAOUR J-Y, VALENTI C., *Histoire de l'avortement (XIX-XX)*, *op. cit.*, p.194.

²⁵²⁵ *Ibid.*

« l'aboutissement logique d'un processus de démonisation de l'avortée, décrite comme responsable de la défaite, antithèse du modèle féminin que Vichy tente d'imposer »²⁵²⁶.

842. Même si les textes du 20^{ème} siècle, que ce soit la loi de 1923, le décret-loi de 1939 ou la loi de 1941, sont expressément légitimés par des finalités natalistes, il apparaît également, à l'aune de leurs justifications et applications, qu'ils assurent le respect d'un bon ordre moral au sein duquel les individus, et notamment les femmes, se limitent à une sexualité procréative, le *bon* comportement sexuel devant être fécond. C'est également le maintien d'un ordre moral qui justifie la répression de l'avortement en Allemagne.

B. La répression en Allemagne

843. Avant la chute du Troisième Reich, la pénalisation de l'avortement est notamment justifiée par le caractère immoral de cet acte²⁵²⁷. En ce sens, en 1918, un projet de loi cherche à renforcer la répression de l'avortement afin que le peuple puisse pleinement prendre conscience qu'interrompre une grossesse est « *moralement condamnable* »²⁵²⁸ car cela revient à limiter le nombre des naissances pour des raisons de « *confort, d'avidité de plaisir, ou pour toutes autres raisons égoïstes* »²⁵²⁹. L'avortement est perçu comme le signe d'une dégradation des mœurs et d'une dégénération du sens du devoir à l'égard de l'État. Il est l'expression d'une société hédoniste inconsciente²⁵³⁰. L'objectif *qualitatif* de maintien de la population est ici lié à son pendant *quantitatif*. L'argument moral recoupe l'argument nataliste : la procréation étant une obligation nationale et collective, son non-respect peut donc être qualifié de crime contre la société, contre l'État lui-même. Il est le signe d'un égoïsme immoral. Dans la mesure où ce sont les femmes qui sont seules susceptibles d'interrompre leur grossesse, la critique pèse avant tout sur ces dernières : si elles ne sont pas prêtes à engendrer pour le *maintien de la population*, c'est qu'elles ne sont pas de *bonnes* citoyennes. Les femmes sont donc punies pour avoir attenté, par leur crime, au corps reproducteur de l'Allemagne²⁵³¹. Cependant, après 1945, le recours exprès à cet argumentaire disparaît ; c'est le respect du droit à la vie qui se trouve désormais au cœur de la répression. Cela n'empêche toutefois pas une approche morale, d'ailleurs assumée par les acteurs juridiques, de la répression (1). C'est donc toujours le respect d'un certain ordre

²⁵²⁶ *Ibid.*, p. 197. Voir notamment LEMAQUET M., *Une Faiseuse d'anges guillotinée sous Vichy*, Mémoire de l'Institut d'Études politiques de Grenoble, 1996, p. 128.

²⁵²⁷ JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, *op. cit.*, p. 99.

²⁵²⁸ Gesetzentwurf gegen Unfruchtbarmachung und Schwangerschaftsunterbrechung, n° 148, 22 juin 1918. Voir aussi, USBORNE C., *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, *op. cit.*, p. 228 ; GERHARD U., *Frauen in der Geschichte des Rechts - Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, *op. cit.*, p. 259.

²⁵²⁹ *Ibid.*

²⁵³⁰ JÜTTE R., *Die Geschichte der Abtreibung, Von der Antike bis zum Gegenwart*, *op. cit.*, p. 154.

²⁵³¹ FÄRBER-HUSEMANN R., DÄUBLER-GUMELIN H., §218 *Der tägliche Kampf*, *op. cit.*, p. 51.

moral - non plus fondé sur les bonnes mœurs mais sur le respect de la vie - qui justifie la pérennité des mécanismes de normalisation de la maternité, c'est-à-dire que les femmes soient interdites d'interrompre leur grossesse et, de ce fait, contraintes de devenir la mère d'un enfant qu'elles n'ont pas désiré (2).

1. La finalité explicitement morale de la répression de l'avortement après 1945

844. S'il n'est plus possible de tenir, après la chute du régime national-socialiste, un discours nataliste, l'argumentaire moral ne semble pas souffrir du même mal. Au contraire, la pénalisation de l'avortement est considérée comme servant le respect des *valeurs fondamentales* de la Loi fondamentale. Or, de telles considérations axiologiques entretiennent nécessairement des liens avec la morale. Un certain nombre de parlementaires défendent clairement l'idée selon laquelle le droit pénal doit être moral. Le rapport entre droit pénal et morale est d'ailleurs un élément central des débats des années 1970 relatifs à l'avortement²⁵³². Certains députés s'inquiètent notamment, lors des débats parlementaires de 1974, de la dérive morale que pourrait engendrer la libéralisation de l'avortement. On peut ainsi lire que

« c'est la raison pour laquelle, selon moi, les défenseurs du modèle du délai se trouvent dans l'obscurité d'un point de vue moral [...] [La dépénalisation] neutraliserait notre ordre juridique d'un point de vue éthique et moral et démolirait la conscience de notre peuple »²⁵³³, que « nous devrions, au regard de notre expérience, réfléchir aux effets que cela aura sur la conscience morale de notre peuple en termes de protection de la vie si nous portons aujourd'hui atteinte à l'inviolabilité de la vie en devenir qui est au cœur des principes de la loi et de la pratique du droit pénal »²⁵³⁴, que « la libéralisation serait un pas de plus sur le chemin de la neutralisation éthique et morale de notre ordre juridique »²⁵³⁵, ou encore que « l'instauration du régime du délai n'est-il pas la preuve incontestable qu'on ne laisse plus à la vertu aucune chance dans notre société ? Les défenseurs de ce régime ont déjà capitulé à l'idée de rendre la société plus humaine, plus humaine pour tous les humains »²⁵³⁶.

Or, ce registre moral entend notamment entraver l'émancipation des femmes, comme l'illustrent les propos de ces deux députés qui considèrent que

²⁵³² Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²⁵³³ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Spranger p. 6387.

²⁵³⁴ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Heck, p. 6352; Maihofer, p.6355 : « *Alors, tout ceci ne nous dû pas si un tel comportement est également moralement autorisable ou s'il doit être limité* ».

²⁵³⁵ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Spranger, p. 6388.

²⁵³⁶ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Frau. Dr. Wex, p. 6408.

« l'expression "mon ventre m'appartient" est la proclamation d'une morale néandertalienne qui date des préceptes moraux de l'Église. Une telle prétention est impossible dans une société pluraliste. Mais, même dans une société aussi colorée et diversifiée que la nôtre, on doit maintenir des conceptions morales fondamentales, telles que l'intangibilité de la vie humaine »²⁵³⁷ et qu'« avec cette perversion morale [i.e la dépénalisation de l'avortement], on va rendre un mauvais service aux relations entre les hommes et les femmes à chaque niveau de la vie privée, publique et sociétale »²⁵³⁸.

845. La lutte contre l'avortement est donc perçue comme servant non seulement le respect de la vie mais également un ordre moral au sein duquel ce respect l'emporte sur le droit à l'émancipation des femmes, afin notamment que soit assuré le bon équilibre des relations sociales entre les sexes.

846. Cette primauté assumée de l'argumentaire moral s'explique en grande partie par l'assimilation faite après la Seconde Guerre mondiale entre avortement et nazisme. En effet, parce que l'avortement porte atteinte à la vie anténatale, il est automatiquement perçu comme un crime nazi. Or, dans la mesure où le nouveau régime entend s'éloigner radicalement des pratiques nazies (qui avaient permis des avortements et des expérimentations sur des femmes enceintes et sur des fœtus) affirmer le primat axiologique et moral absolu de la vie sur l'avortement apparaît comme une évidence pour rompre avec l'idéologie national-socialiste. Cependant, est-ce réellement l'atteinte à la vie *en tant que telle* qui est hautement condamnable dans les pratiques abortives nazies ou leur mise en œuvre sans le consentement des intéressées ? Ne serait-il pas possible de considérer que c'est avant tout la réalisation d'avortements forcés - et non l'atteinte réalisée à la vie anténatale - qui est radicalement contraire aux nouvelles *valeurs* fondatrices de l'ordre juridique allemand, à l'instar de la protection de l'intégrité physique ou de l'autonomie ? Par ailleurs, ne pourrait-on pas considérer que c'est la dureté de la répression - qui va jusqu'à condamner à mort les auteurs de pratiques abortives - qui est contraire à ces valeurs ? Les difficultés qu'engendre, pour les femmes, la pénalisation de l'avortement sont cependant passées sous silence par les acteurs juridiques en premier lieu desquels se trouve la Cour constitutionnelle allemande²⁵³⁹. Or, une telle *invisibilisation* permet la mise en œuvre, latente et diffuse, de processus juridiques de normalisation qui vont tendre à astreindre les femmes à une maternité qu'elles peuvent ne pas avoir désirée.

²⁵³⁷ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Blüm, p. 642 ; BT, 88^{ème} séance, 21 mars 1974, Verhülsdonk, p. 5733 : « Il s'agit de créer dans notre société une meilleure morale de la contraception pour éviter le développement d'une morale de l'avortement »,

²⁵³⁸ BT, 95^{ème} séance, 25 avril 1974, Von Hassel, p. 6410.

²⁵³⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

2. Moralité et normalisation de la maternité

847. La décision de la Cour constitutionnelle allemande de 1975 révèle une approche axiologique de l'avortement²⁵⁴⁰ puisqu'elle fonde sa décision sur le concept d'*ordre de valeurs*²⁵⁴¹. La Cour constitutionnelle est d'ailleurs critiquée par l'opinion dissidente de la juge RUPP-V. BRÜNNECK et du juge SIMON²⁵⁴² ainsi que par une partie de la doctrine²⁵⁴³ pour son approche particulièrement morale de l'avortement. La Cour présente toutefois sa décision comme *imposée* par le respect d'un ordre axiologique qui lui est supérieur et non comme la résultante de ses propres choix moraux²⁵⁴⁴. C'est le respect des valeurs supérieures de la Loi fondamentale qui lui impose de considérer que « *l'État doit partir du principe qu'il existe une obligation de mener à terme la grossesse qui impose que l'avortement soit par principe considéré comme illégal* »²⁵⁴⁵.

848. Cependant assigner de la sorte les femmes enceintes à la maternité, au nom du respect de la vie, ne s'imposait nullement à la Cour. Il n'existe d'ailleurs que très peu de pays en Europe qui pénalisent (encore) par principe l'IVG²⁵⁴⁶. Afin que soient mis en lumière les processus de normalisation qui sous-tend la décision de la Cour, trois étapes significatives de son raisonnement doivent être analysées et déconstruites.

849. En premier lieu, l'idée selon laquelle l'être conçu serait un être autonome peut être déconstruite²⁵⁴⁷. La Cour considère en effet que « *la vie qui se développe dans l'utérus se trouve, en tant que bien juridique autonome, sous la protection de la Constitution* »²⁵⁴⁸. Le développement de l'embryon est cependant inconcevable en dehors du corps de la femme. Il apparaît donc difficile d'appréhender l'embryon comme un être autonome et non comme un être se développant dans le corps de la femme. Pourtant, la Cour refuse d'appréhender l'embryon comme une partie de l'organisme de la femme²⁵⁴⁹. Or, comme le soulignent certaines auteures, « *orienter la discussion autour de la question de savoir si l'embryon est titulaire d'un droit à la vie ou est protégé par le principe de dignité humaine donne l'impression qu'il s'agirait d'un individu autonome comparable à n'importe quelle autre personne humaine, on oublie*

²⁵⁴⁰ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1 ; Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²⁵⁴¹ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1 §130, §148, 149.

²⁵⁴² BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §251.

²⁵⁴³ MÜLLER-DIETZ H., JUNG H., §218. *Dimension einer Reform.*, DECKER, 1995, p. 77 et suivantes.

²⁵⁴⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²⁵⁴⁵ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, §152.

²⁵⁴⁶ Il ne reste que Malte, Chypre, la Pologne (qui ne l'autorise qu'à de très strictes conditions) et seulement jusqu'à récemment l'Irlande.

²⁵⁴⁷ MACKINNON C., « Reflections on Sex Equality Law », *op. cit.*, p. p. 1281.

²⁵⁴⁸ BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1 considérant 1.

²⁵⁴⁹ BVerfG 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

alors complètement que penser l'embryon comme un sujet en devenir est impensable sans la femme »²⁵⁵⁰. La viabilité de l'embryon n'étant envisageable qu'après une période de gestation d'environ 6 mois, en deçà de ce délai, l'embryon peut être considéré comme une partie du corps de la femme²⁵⁵¹. Mais le choix de la Cour en faveur d'une fusion entre l'organisme de la femme et celui de l'embryon restreint alors considérablement le pouvoir des femmes sur leur corps et tend à assigner le corps féminin à la maternité.

« Si l'on aborde la question d'un point de vue social et non physiologique, l'intérêt de l'État à protéger la vie à naître est lié à l'intérêt de l'État à forcer les femmes à la maternité [...] Même si l'on opposera que l'État cible les femmes uniquement parce que, pour des raisons biologiques, ce sont elles qui portent les enfants, mais que c'est seulement la vie qu'il cherche à protéger ; on ne peut nier le fait que l'État qui veut protéger la vie potentielle force de fait la femme à la maternité »²⁵⁵².

850. En second lieu, l'appréhension de la vie comme un processus continu de la conception à la mort est discutable²⁵⁵³. La Cour a elle-même admis qu'elle n'avait à se prononcer sur la protection de la vie qu'à partir de la nidation. De nombreux exemples montrent du reste que l'ordre juridique procède à une catégorisation permanente des différentes formes de vie²⁵⁵⁴. Il est dès lors étonnant que la Cour se refuse ici à suivre la *théorie de la gradation* défendue par une partie de la doctrine²⁵⁵⁵. En somme, « le dogme de la protection dès le commencement de la vie n'était absolument pas immanent à l'ordre juridique puisqu'il existe dans les faits [et dans le droit] de nombreuses gradations »²⁵⁵⁶. Le respect de la vie dès la conception - ou du moins dès la nidation - ne s'impose donc pas à l'ordre juridique en raison d'un ordre de valeurs qui lui serait supérieur, il est imposé à la femme *par* la Cour constitutionnelle en raison d'un choix interprétatif en défaveur de l'avortement. En 1975, celle-ci aurait, par exemple, pu concilier le respect de la vie avec le respect de l'autodétermination de la femme en autorisant, comme en France à la même époque, une loi légalisant, sous conditions, l'IVG pendant les douze premières semaines de la grossesse. Mais la Cour opte, en 1975 et dans une moindre mesure en 1993, pour une approche qui suppose de soumettre les femmes enceintes à « l'obligation de mener à

²⁵⁵⁰ WIESEMANN C., « Wie kann über den Embryo in einer Lebensweltlich angemessenen Weise gesprochen werden? Eine Kritik der Debatte um den moralischen Status des Embryos », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperte Technik - Entkörperte, Biopolitik und Geschlecht*, op. cit., p. 143 ; GRAUMANN S., SCHNEIDER I., « Einleitung : Zwischen Verkörperung und Entkörperung - Entwicklung in Biomedizin und feministischer Theorie », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperte Technik - Entkörperte, Biopolitik und Geschlecht*, op. cit., p. 14.

²⁵⁵¹ Voir également, pour la France, IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, 2002, p. 57.

²⁵⁵² SIEGEL R., « Abortion as a Sex Equality Right - Its Basis in Feminist Theory », in FINEMAN M., KARPIN I., *Mothers in Law : Feminist theory and the Legal regulation of Motherhood*, Columbia University, 1995, p. 152.

²⁵⁵³ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²⁵⁵⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²⁵⁵⁵ Voir notamment DREIER H., « Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes », *Zeitschrift für Rechtspolitik mit rechtspolitischer Umschau*, 2002, p. 377 et suivantes ; SACKSOFSKY U., « Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz », *Kritische Justiz*, 2003, p. 274 et suivantes.

²⁵⁵⁶ WERZIG M., « Reproduktion zwischen Lebensschutz, Selbstbestimmung und Technologie », in FOLJANTY L., LEMBKE U., *Feministische Rechtswissenschaft - Ein Studienbuch*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 147.

terme leur grossesse»²⁵⁵⁷. En raison de son appréhension morale de la question abortive, le juge encourage alors l'idée selon laquelle la femme sexuellement active qui connaît un échec contraceptif se doit de devenir mère qu'elle le souhaite ou non. Certes les femmes peuvent renoncer à l'enfantement par l'utilisation de contraceptifs mais elles ne sauraient échouer dans leur utilisation ; à défaut de quoi elles devront alors supporter une grossesse de neuf mois puis un accouchement avant d'être reconnues mères de cet enfant qu'elles n'ont pourtant pas désiré.

851. En troisième lieu, dans cette décision, la Cour considère que c'est notamment le respect du principe de dignité qui impose la pénalisation de l'avortement. Cependant, la décision de la Cour de 1975 ne mènerait-elle pas finalement à une forme de réification du corps de la femme enceinte ? En effet, celle-ci, *via* l'obligation de poursuite de la grossesse, doit mettre son corps à la disposition d'autrui. Or, une telle mise à disposition n'est-elle pas susceptible de porter atteinte au principe de dignité juridique²⁵⁵⁸, qui interdit par principe que l'être humain soit considéré comme autre chose qu'une fin en soi²⁵⁵⁹ ? N'est-elle pas susceptible de porter atteinte à l'article 2 de la Loi fondamentale qui protège le corps humain contre une atteinte non consentie, le droit à l'autodétermination sur son propre corps se situant au cœur du respect des droits fondamentaux ? On ne peut d'ailleurs concevoir en droit allemand une obligation au don d'organes ou au don de sang²⁵⁶⁰ au nom du droit à la vie des personnes susceptibles d'avoir besoin d'un tel don. Pourtant, le juge ne procède pas ici à une telle analogie, loin s'en faut : il n'appréhende absolument pas la grossesse comme susceptible de caractériser une atteinte à l'intégrité physique de la femme. La grossesse n'est pas envisagée en tant que telle, seul le point de vue du fœtus est pris ici en considération²⁵⁶¹. La femme est alors considérée comme responsable de sa survie, notamment car elle est à l'origine de sa création. Mais, seules les femmes se voient dans l'obligation de protéger la vie d'autrui par le biais d'une atteinte à leur propre intégrité physique. Seules les femmes se voient privées, en raison de la pénalisation de l'avortement, du contrôle de leur corps²⁵⁶². En matière d'avortement, les hommes ne sont pas sanctionnés par une atteinte à leur intégrité physique pour

²⁵⁵⁷ BVerfG 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1, considérant 2.

²⁵⁵⁸ Propos de Kathrin Braun cités par GRAUMANN S., SCHNEIDER I., « Einleitung : Zwischen Verkörperung und Entkörperung - Entwicklung in Biomedizin und feministischer Theorie », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperte Technik - Entkörperte, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 14.

²⁵⁵⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

²⁵⁶⁰ WERZIG M., « Reproduktion zwischen Lebensschutz, Selbstbestimmung und Technologie », in FOLJANTY L., LEMBKE U., *Feministische Rechtswissenschaft - Ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 144 ; voir également HENNETTE-VAUCHEZ S., « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme, La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de splendide isolement », *op. cit.*, p. 1360.

²⁵⁶¹ GATÉ J., « Genre et droit pénal - illustrations choisies », *op. cit.*, p. 59. Contra : lorsqu'il ne s'agit pas d'avortement, le juge a pu qualifier la grossesse d'atteinte à l'intégrité physique de la femme : voir notamment, BGH, 18 mars 1980, VI ZR 247/78, *VersR.*, 1980, p. 558.

²⁵⁶² JARVIS-THOMSON J., « Une défense de l'avortement », *Raisons politiques*, 2003/4 n° 12 ; voir également sur ce point, JACKSON E., « Abortion, autonomy and prenatal diagnosis », *Social and legal studies*, 2000, 9, p. 4.

ne pas avoir mis de préservatif lors d'un rapport sexuel²⁵⁶³. Certes, l'homme est tenu d'assumer les conséquences de ses actes par le biais du §1600d du Code civil allemand qui autorise l'action en recherche de paternité²⁵⁶⁴ mais cette action doit être intentée par l'enfant. S'il n'en fait rien, l'homme ne sera alors pas tenu de subir les conséquences de son rapport sexuel fécond. Partant, cette obligation de contribution du père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant apparaît difficilement comparable avec les charges qui pèsent sur les femmes en 1975²⁵⁶⁵. Pourtant, la Cour ne reconnaît pas les problèmes d'égalité que pose l'avortement²⁵⁶⁶. Au contraire, le juge allemand considère « *que, dès lors qu'une grossesse est engagée, le corps de la femme échappe à la femme qui ne peut plus en disposer comme elle l'entend* »²⁵⁶⁷. Une telle approche pourrait toutefois être perçue comme servant la réification du corps de la femme car son corps est appréhendé ici comme un simple *moyen* - tel un « incubateur » - servant une *fin* - la protection de la vie - ce qui semble alors contraire au but que le juge prétend pourtant poursuivre : la protection de la dignité humaine²⁵⁶⁸. Les choix interprétatifs faits en 1975 par la Cour jouent ainsi en faveur d'un certain ordre axiologique et moral. En son sein, les femmes sont dans l'obligation de mener à terme leurs grossesses au nom d'un droit à la vie que la Cour considère comme autonome et continu, sans considération pour les effets inégalitaires d'une telle interprétation. Même si l'*objectif* de la Cour est la protection de la vie ; les *conséquences* d'un tel choix - l'obligation pour toute femme enceinte de devenir mère - sont passées ici sous silence.

852. Ainsi, en France comme en Allemagne, la répression de l'avortement est, au moins partiellement, justifiée par le respect d'un ordre moral qui produit des effets de genre. C'est plus exactement la crainte d'une libéralisation des mœurs susceptibles de porter atteinte à la répartition sexuée des rôles sociaux qui explique la répression. Il est craint que la libéralisation de l'avortement mène à une émancipation sexuelle des femmes qui déstabiliserait l'équilibre de leurs relations avec les hommes et nuirait à l'injonction faite à la maternité. Même si dans l'Allemagne d'après-guerre, ce n'est plus en ces termes que la répression est légitimée, celle-ci produit malgré tout de forts effets de genre. En interdisant l'avortement au nom du respect d'un ordre moral, le droit tend à astreindre les femmes sexuellement actives et susceptibles de connaître un échec contraceptif à devenir les mères des enfants qu'elles portent.

²⁵⁶³ MICHALSKI B. (dir.), *Die Reformruine §218*, 1988, p. 13.

²⁵⁶⁴ §1600d BGB ; voir, pour la France, les articles 327 et 342 du Code civil.

²⁵⁶⁵ MICHALSKI B. (dir.), *Die Reformruine §218*, *op. cit.*, p. 9 et 16 ; FREUDIGER K., *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁶⁶ SACKSOFSKY U., RODRIGUEZ-RUIZ B., « Gender in the German Constitution », in RUBIO-MARIN R. (dir.), *The gender of constitutional Jurisprudence*, *op. cit.* p. 168.

²⁵⁶⁷ GATÉ J., « Genre et droit pénal - illustrations choisies », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁶⁸ Voir, BRAUN K., « Eine feministischen Verteidigung des Menschenwürdeschutz für menschliche Embryonen », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperte Technik - Entkörperte, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 159.

853. La libéralisation de l'avortement marque une rupture de taille dans l'histoire des droits des femmes, permettant en partie à ses dernières de disposer librement de leurs corps. Cependant, même depuis la dépénalisation de la contraception et de l'avortement, le droit continue de soutenir l'idée selon laquelle le *bon* comportement procréatif est celui qui conduit à la naissance d'un enfant. Plus encore, il encourage toujours l'idée selon laquelle le *bon* comportement parental est celui qui respecte les normes de genre ; normes au regard desquelles il semblerait que les femmes aspirent davantage à devenir parents et à s'occuper des enfants que les hommes.

Sous-section 2. La libéralisation de la contraception et de l'avortement

854. Il est certain que la dépénalisation de la contraception et de l'avortement marque une victoire pour les droits des femmes qui disposent désormais de la maîtrise de leurs capacités reproductives²⁵⁶⁹. Cependant, l'idée aujourd'hui volontiers partagée selon laquelle la procréation serait une question de choix²⁵⁷⁰, voire que « *la femme a conquis tous les champs de la maternité [et que] l'immense liberté de la femme aboutit peu ou prou à marginaliser l'homme* »²⁵⁷¹ peut aisément être nuancée par la persistance d'une normalisation juridique de la parenté qui opère en particulier sur la maternité. En ce sens, il importe de démontrer que le droit positif met non seulement toujours en œuvre des incitations diffuses et latentes à la parenté, mais qu'il incite davantage les femmes à la maternité que les hommes à la paternité. Le droit tend en effet, fût-ce indirectement, à encourager l'idée selon laquelle les tâches relatives à l'éducation des enfants relèvent davantage de la fonction maternelle que paternelle. Il est par ailleurs toujours plus réticent à admettre le renoncement à la maternité qu'à la paternité. Le droit esquisse par ce biais les contours du modèle de la *femme idéal*, laissant apparaître que le comportement féminin archétypal est celui qui ne conduit pas à un rejet de la maternité mais bien au contraire à la prise en charge de l'entretien et de l'éducation des enfants. En ce sens, il faut observer que même si le droit permet sans trop de limites l'accès à la contraception, il ne consacre en revanche aucun *droit à l'interruption de grossesse*²⁵⁷² et met en outre toujours en place des mécanismes financiers d'encouragement à la maternité (I). Cela s'explique notamment par le fait que la maternité, considérée comme découlant d'un fait biologique (la grossesse ou l'accouchement) est perçue par le droit comme étant *par nature* une fonction féminine (II).

²⁵⁶⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., « La procréation est-elle vraiment devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical », in VERGES E., *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, op. cit., p. 169.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*

²⁵⁷¹ BOUVIER F., *Maternité et liberté - avortement, contraception, statut de l'embryon*, Paris, Harmattan, 2012, p. 75.

²⁵⁷² Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

I. La normalisation de la maternité par la répartition inégalitaire des tâches parentales

855. Il apparaît difficile de contester, qu'historiquement, les rôles parentaux se sont organisés de manière inégalitaire. C'est principalement sur les femmes qu'a longtemps reposé la charge de l'entretien et de l'éducation de l'enfant²⁵⁷³. Au 21^{ème} siècle, les pouvoirs publics français et allemands tendent cependant à favoriser une distribution plus égalitaire entre les hommes et les femmes de ces rôles parentaux. À ces fins, ils mettent en place des politiques qui encouragent la conciliation pour les hommes et les femmes de leur vie privée et professionnelle. *Prima facie*, le droit ne normalise dès lors plus les rôles parentaux au regard d'une conception genrée de ces derniers. Au contraire, si normalisation il y a (c'est-à-dire, incitation, orientation, influence), c'est dans le but de répartir égalitairement les tâches parentales entre les mères et les pères (A). Cependant, non seulement les politiques mises en place à ces fins ne sont pas dénuées d'ambivalences mais il persiste également en droit positif des incitations financières qui jouent en faveur d'une attribution genrée des tâches relatives à l'entretien de l'enfant (B).

A. Des politiques égalitaristes en faveur d'une répartition égalitaire des tâches parentales

856. Au 21^{ème} siècle, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne qui entend interdire les discriminations fondées sur le sexe, en particulier dans le monde du travail²⁵⁷⁴, favoriser l'accès des femmes à l'emploi devient une préoccupation des pouvoirs publics français et allemand. Cela suppose la suppression de la séparation traditionnellement établie entre la sphère familiale (féminine) et professionnelle (masculine) ainsi que la mise en place d'un certain nombre de mesures visant à améliorer la prise en charge des enfants en bas âge. La possibilité d'une garde d'enfant est en effet une condition *sine qua non* d'accès au marché du travail des femmes et, par conséquent, une condition nécessaire - bien que non suffisante - d'égalité entre les sexes²⁵⁷⁵. En effet, dans la mesure où les femmes sont, traditionnellement, celles qui s'occupent des enfants, c'est à ces dernières que nuit le plus l'absence de structure d'accueil pour les enfants en bas âges. Favoriser l'accès des femmes à l'emploi suppose aussi une répartition égalitaire des tâches parentales, ce qui impose d'encourager les hommes à s'en occuper, que ce soit en France ou en Allemagne. Plus largement, cela suppose d'aider les femmes *et les hommes* à favoriser la conciliation entre leur vie privée et leur vie professionnelle. Il faut néanmoins souligner qu'en Allemagne ces

²⁵⁷³ Voir notamment, KNIBIEHLER Y., *Histoire des mères et de la maternité en Occident*, Paris, PUF, 2002.

²⁵⁷⁴ FREYSSINET J., «Taux de chômage ou taux d'emploi, retour sur les objectifs européens», *Travail, genre et sociétés*, 2004/1, n° 11, §24.

²⁵⁷⁵ VEIL M., «Politiques familiales contre politique de l'égalité des sexes ? Le cas de l'Allemagne», *Travail, genre et sociétés*, 2010/2, p. 96.

politiques égalitaristes sont mises en œuvre à des fins natalistes²⁵⁷⁶. En effet, en raison d'un contexte politique et juridique favorable au modèle de la « *mère au foyer* »²⁵⁷⁷, les femmes sont en général contraintes de choisir entre leur vie privée et leur vie professionnelle. Or, il semble que ces dernières se décident majoritairement pour la seconde option. Afin d'inciter les femmes à se décider pour la procréation - dans le but de rehausser le faible taux de natalité - le gouvernement décide alors de mettre en place des nouveaux dispositifs juridiques d'aide à la conciliation entre vie privée et vie professionnelles afin que les femmes ne soient plus contraintes de choisir entre enfantement et travail²⁵⁷⁸. Alors qu'en France la mise en œuvre de telles politiques vise surtout à déconstruire l'injonction traditionnellement faite aux femmes de s'occuper de leurs enfants en bas âge - en somme d'être de *bonnes mères* - en Allemagne, ces politiques cherchent au contraire à encourager les femmes à la maternité²⁵⁷⁹. Cela étant, si les fondements de ces politiques diffèrent, le contenu et les effets qu'ils produisent sont assez similaires. Dans les deux pays, des lois sont édictées pour favoriser une répartition plus égalitaire des rôles parentaux.

857. Par exemple, en France, l'instauration en 2002 du congé paternité²⁵⁸⁰ est justifiée par la « *nécessité d'arriver à une véritable parité parentale* » et la reconnaissance de la place des pères dans les premiers temps de la vie de l'enfant²⁵⁸¹. La loi de 2004 prévoit le versement d'une allocation permettant la garde d'un enfant de moins de 6 ans²⁵⁸² et met en place un complément du libre choix d'activité²⁵⁸³. Elle est mise en place au nom du principe d'égalité et de la nécessité d'améliorer

²⁵⁷⁶ SALLES A., LETABLIER M.T, «La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 73.

²⁵⁷⁷ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁵⁷⁸ *Ibid.*

²⁵⁷⁹ Au début des années 2000, différents facteurs expliquent l'apparition de nouveaux débats relatifs à un changement d'orientation des politiques familiales : l'incapacité du gouvernement à atteindre les objectifs fixés en termes de neutralité, la situation démographique préoccupante, la crainte que la vieillissement de la société devienne un fardeau pour les systèmes de Sécurité sociale, le faible taux de natalité en Allemagne, la qualité médiocre des résultats scolaires des enfants en raison d'une tardive scolarisation, la pauvreté des familles, la pénurie d'infrastructures d'accueil pour la petite enfance ou encore, la faible participation des mères à l'activité économique contraire aux recommandations de l'Union européenne qui préconise un taux d'emploi des femmes de 60%. Voir, VEIL M., « Politiques familiales contre politique de l'égalité des sexes ? Le cas de l'Allemagne », *op. cit.*, p. 86 ; SALLES A., LETABLIER M.T, «La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 73.

²⁵⁸⁰ Article 55 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la Sécurité sociale pour 2002 : « *Après la naissance de son enfant et dans un délai fixé par décret, le père salarié bénéficie d'un congé de paternité de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples entraînant la suspension de son contrat de travail. Le salarié qui souhaite bénéficier du congé de paternité doit avertir son employeur au moins un mois avant la date à laquelle il entend prendre son congé, en précisant la date à laquelle il entend mettre fin à la suspension de son contrat de travail* ».

²⁵⁸¹ *Rapport sur les orientations de la politique de santé et de la sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier*, annexe de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la Sécurité sociale pour 2002.

²⁵⁸² C'est-à-dire par une assistance maternelle agréée, une garde à domicile, par une association, une entreprise habilitée ou par une micro-crèche - Article 60 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la Sécurité sociale.

²⁵⁸³ Cette allocation permet le versement d'une allocation (soit 53% SMIC net) au parent qui interrompt ou réduit son activité professionnelle pour s'occuper de leur enfant de moins de trois ans.

la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle²⁵⁸⁴. C'est également un raisonnement similaire qui guide la loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes de 2014²⁵⁸⁵. Elle réserve notamment une part de la prestation partagée d'éducation de l'enfant au second parent afin d'inciter ce dernier, le plus souvent le père, à prendre le congé parental d'éducation²⁵⁸⁶. Les motifs du projet de loi précisent bien que « *cette réforme vise à favoriser le retour des femmes vers l'emploi et à modifier la répartition des responsabilités parentales au sein du couple pour qu'elle ne joue plus systématiquement en défaveur des femmes* »²⁵⁸⁷.

858. En Allemagne, on peut mentionner, à titre d'illustration, la loi de 2001 sur le congé parental, venant renforcer les droits des parents à exercer un emploi à temps partiel pendant le congé parental²⁵⁸⁸. Selon les motifs du projet de loi, elle entend améliorer « *la flexibilité du temps de travail et la conciliation vie privée et vie professionnelle* »²⁵⁸⁹. Par la suite, une loi du 27 décembre 2004 relative au développement des structures d'accueil²⁵⁹⁰ consacre « *un droit pour l'enfant à être accueilli à partir de trois ans dans une garderie* »²⁵⁹¹. L'objectif est de permettre aux femmes de se maintenir dans l'emploi sans pour autant renoncer à la maternité²⁵⁹². Par ailleurs, l'apport principal de la législation du début du 21^{ème} siècle semble être la réforme de 2006 relative aux allocations parentales²⁵⁹³. À l'instar de la loi française de 2014 sur l'égalité réelle, la loi de 2006 prévoit que la durée totale du congé parental - en principe d'un an - peut être augmentée de deux mois si c'est le second parent qui prend le

²⁵⁸⁴ Rapport sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale à la loi n° 2004-1370 du 20 décembre 2004 de financement de la sécurité sociale pour 2005, *op. cit.*, point 3.1.

²⁵⁸⁵ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

²⁵⁸⁶ La loi crée ainsi une période de partage : une part supplémentaire de la prestation ne peut être demandée que si le second parent fait lui aussi usage de son droit au congé parental. Une période « *bonus* » s'ajoute dès lors au congé de six mois déjà pris par le premier parent afin d'influencer la manière dont les couples vont organiser leur congé parental. Voir, Article 14 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes - Article D531-13 CSS. Voir aussi, FONDIMARE E., « La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes », *La Revue des droits de l'homme, op. cit.* ; REGINE, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n° 2014-873 du 4 août 2014 », *Dalloz*, 2014, p. 1895.

²⁵⁸⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

²⁵⁸⁸ Drittes Gesetz zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes - troisième loi de modification de la loi sur les allocations d'éducation, 12 octobre 2000. Ce congé est soumis à des conditions de revenu, peut être sollicité par les deux parents en même temps sachant que chacun peut exercer en parallèle un emploi à mi-temps. La durée de principe est de deux ans mais une troisième année peut être demandée et prise jusqu'aux 8 ans de l'enfant à condition de l'employeur y consente.

²⁵⁸⁹ Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes, 5 mai 2000, Drucksache 14/3118, p. 1 et p. 17.

²⁵⁹⁰ §22 et §23 SGB VIII.

²⁵⁹¹ §24 SGB VIII (version de 2004).

²⁵⁹² La loi de 2012 renforce également « *droit à la prise en charge en garderie pour les enfants de plus de trois ans* » : §24 SGB VIII (version de 2012).

²⁵⁹³ Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) - loi sur les allocations parentales et le congé parental, 5 décembre 2006. Les allocations parentales « *Elterngeld* » remplacent désormais les allocations d'éducation « *Erziehungsgeld* » versées depuis 1986. Le nouveau dispositif permet le versement d'une prestation de substitution correspondant à 65% du dernier salaire pendant un an pour le parent qui cesse de travailler. Les taux peuvent varier mais ils sont plafonnés à 1800 euros et dont le minimum est de 300 €. Il se distingue de la prestation d'éducation qui permettait une interruption de trois ans en contrepartie d'une prestation modeste (environ 300 euros par mois).

congé²⁵⁹⁴. Par ce biais, le législateur espère notamment encourager les pères à cesser leur activité professionnelle pour s'occuper de leurs enfants, ce qui permettrait alors aux mères de reprendre leur activité professionnelle²⁵⁹⁵. En parallèle de ces différentes réformes, le législateur prévoit aussi une déduction fiscale plus importante²⁵⁹⁶ des frais de garde²⁵⁹⁷ justifiée par une amélioration de la « conciliation entre vie familiale et vie professionnelle »²⁵⁹⁸. Ainsi, alors qu'historiquement les politiques natalistes tendant à cantonner les femmes à la sphère privée et nuisent à l'égalité entre les sexes, la recherche d'une telle égalité apparaît être aujourd'hui en Allemagne une condition nécessaire à la hausse de la démographie. En Allemagne tout particulièrement, les finalités des processus de normalisation de la parenté se modifient : l'objectif n'est plus ici d'encourager les femmes à se consacrer pleinement à la maternité - car le poids de cette injonction les incite en réalité à ne pas enfanter pour ne pas avoir à renoncer à leur carrière professionnelle - mais de les aider à concilier leur rôle de mère avec leur maintien dans l'emploi.

859. En France et en Allemagne, sous l'influence du droit de l'Union européenne notamment²⁵⁹⁹, le législateur favorise ainsi la conciliation pour les hommes et les femmes de leur vie privée et familiale et une répartition plus équilibrée des tâches parentales. Cependant, il demeure malgré tout en droit français et allemand des mécanismes qui pérennisent une distribution genrée des rôles parentaux.

B. La persistance en droit d'une inégalité des rôles parentaux

860. Malgré les efforts mis en œuvre par le droit pour établir un partage équitable des tâches parentales, une assignation latente des femmes aux soins de la petite enfance persiste toujours en droit. Le droit normalise toujours davantage la maternité que la paternité. Cette normalisation se

²⁵⁹⁴ Voir sur ce point, FAGNANI J., « La politique familiale en Allemagne : un bilan mitigé », *Travail, genre et société*, 2013/2, n° 30, p. 198.

²⁵⁹⁵ Voir les motifs du projet de loi sur les incitations fiscales à la croissance et à l'emploi : Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung, Drucksache 16/643, 14 février 2006, p. 1.

²⁵⁹⁶ Voir §4f de la loi sur les incitations fiscales à la croissance et à l'emploi, 26 avril 2006 : « Les charges relatives à la garde d'un enfant à charge au regard du §32 alinéa 1, qui s'expliquent par le fait que le parent travaille, peuvent pour les enfants de moins de 14 ans ou de moins de 27 ans en cas de handicap, être déduits de l'impôt sur le revenu à hauteur de 2/3 des charges et de 4000 euros maximum par enfant ». La prestation est cumulable avec une activité rémunérée d'une durée maximum de 30 heures.

²⁵⁹⁷ À la suite notamment d'une décision de la Cour constitutionnelle qui considère que le régime tend à discriminer les couples avec enfants. BVerfG, 16 mars 2005, 2 BvL 7/00 : « L'impératif d'égalité horizontale devant l'impôt en vertu de l'article 3 alinéa 1 de la LF et de l'interdiction de discrimination des parents vis-à-vis des couples sans enfant qui découle de l'article 6 alinéa 1 LF, interdisent de réduire la déduction fiscale des frais de garde d'un travailleur qui élève seul son enfant aux charges strictement acceptables ».

²⁵⁹⁸ Voir notamment, les motifs du projet de loi sur les incitations fiscales à la croissance et à l'emploi : Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung, Drucksache 16/753, p. 1.

²⁵⁹⁹ Voir notamment, la directive of the European parliament and of the Council amending Council Directive 92/84 EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding. Cette directive ne voit toutefois pas le jour. Plus récemment, l'Union européenne a souhaité mettre en œuvre une proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants, COM 2017/0253 - 2017/085 (COD).

manifeste par la persistance d'un quotient conjugal qui encourage le modèle de la femme au foyer et par les ambivalences des justifications apportées au congé maternité (1). Elle s'illustre également par les écueils des politiques égalitaristes qui tendent surtout à inciter le parent le moins rémunéré à s'éloigner du monde du travail pour s'occuper des enfants, c'est-à-dire, *de facto*, les femmes (2).

1. L'incitation au rôle maternel des femmes

861. Plusieurs éléments indiquent, en France et en Allemagne, que le droit tend toujours à encourager une répartition inégalitaire des fonctions parentales.

862. En premier lieu, il existe en France, depuis 1945, et en Allemagne depuis 1957²⁶⁰⁰, un quotient conjugal²⁶⁰¹, c'est-à-dire un principe d'imposition conjointe des revenus du couple marié. Un couple marié est donc fiscalement avantagé par rapport à un couple non marié. Par exemple, un couple marié sans enfant représente deux parts tandis qu'un couple non marié ne représente qu'une seule part²⁶⁰². Ce système bénéficie tout particulièrement aux couples dont un seul conjoint perçoit des revenus, surtout si ses revenus sont élevés²⁶⁰³. Or, dans la mesure où ce sont encore très majoritairement les femmes qui n'exercent pas d'activités salariées²⁶⁰⁴, particulièrement en Allemagne où le taux de professionnalisation des femmes est significativement moins élevé qu'en France²⁶⁰⁵, cette disposition fiscale favorise un modèle conjugal au sein duquel l'homme exerce un travail productif (rémunéré) et la femme un travail reproductif (non rémunéré)²⁶⁰⁶. Partant, cette mesure favorise dans les faits le modèle de la « femme au foyer »²⁶⁰⁷. Il n'encourage pas les femmes à

²⁶⁰⁰ §27 Einkommensteuergesetz - loi sur l'impôt sur le revenu (version de 1957).

²⁶⁰¹ Loi n° 45-0195 du 31 décembre 1945 portant fixation du budget général (services civils) pour l'exercice 1946, JO, 1. janvier 1946, p. 1.

²⁶⁰² Article 194 CGI.

²⁶⁰³ GLAUDE M., « L'originalité du système du quotient familial », *Économie et statistique*, n° 248, novembre 1991.

²⁶⁰⁴ Pour la France, voir notamment, GUEDJ H., « Le taux d'emploi des hommes et des femmes - des écarts plus marqués en équivalent temps plein », disponible sur <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281064>.

²⁶⁰⁵ Pour l'Allemagne, les emplois à mi-temps ou les mini-jobs sont majoritairement occupés par des femmes, quatre fois plus de femmes que d'hommes travaillent à mi-temps et 2/3 des emplois très peu rémunérés sont exclusivement occupés par des femmes. Voir pour le détail, les statistiques de l'agence du travail, disponible sur <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistischer-Inhalt/Arbeitsmarktberichte/Personengruppen/generische-Publikationen/Frauen-Maenner-Arbeitsmarkt.pdf>.

²⁶⁰⁶ Historiquement, on peut aussi citer l'exemple de l'allocation de salaire unique créée par le décret n° 46-2880 du 10 décembre 1946 qui attribue, sous conditions de ressources, une allocation aux ménages qui ne bénéficient que d'un seul revenu ou le décret-loi du 12 novembre 1938 qui crée une « allocation de la mère au foyer », afin d'indemniser les mères qui s'occupent à temps plein de leurs enfants.

²⁶⁰⁷ SACKSOFSKY U., « Was ist feministische Rechtswissenschaft », *op. cit.*, p. 413; SACKSOFSKY U., « Grundgesetzkonforme Alternativen der Ausgestaltung der Familienförderung », in SEEL B., *Ehegattensplitting und Familienpolitik*, Wiesbaden, 2007, p. 333 ; VOLLMER F., « Zur Verfassungsmässigkeit des Ehegattensplittings », in SEEL B., *Ehegattensplitting und Familienpolitik*, *op. cit.*, p. 40 et suivantes.

travailler, voire les incitent à rester sans emploi. Lorsque le couple marié a des enfants, cela renforce une distribution traditionnelle des rôles parentaux entre les hommes et les femmes²⁶⁰⁸.

863. En second lieu, par-delà les règles fiscales elles-mêmes, d'autres règles organisent, de manière incidente - et sur un plan plus symbolique - une valorisation de la maternité. On peut en ce sens citer, par exemple pour la France, l'article R214- 1 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) qui dispose depuis 1950²⁶⁰⁹ que « *chaque année, la République française rend officiellement hommage, aux mères, au cours d'une journée consacrée à la célébration de la fête des mères* », continuant ainsi à « *symboliser la glorification de ce patriotisme des ventres* »²⁶¹⁰ ; à l'instar de l'Allemagne qui maintient toujours le principe de la fête des mères pourtant extrêmement valorisée par Adolphe HITLER²⁶¹¹.

864. En troisième lieu, à un autre niveau normatif cette fois, l'ambivalence en Allemagne de la formulation de l'article 6 alinéa 4 de la Loi fondamentale doit être mise en lumière. En effet, cet article énonce que « *chaque mère a le droit à la protection et à l'assistance de la communauté* ». Cet article révèle à lui seul un certain nombre d'ambiguïtés du droit allemand quant à la maternité. D'un côté, la protection spécifique accordée ici aux mères s'explique par le fait qu'elles se trouvent *de facto* dans une situation sociale et économique souvent moins favorable que celle des hommes. La précarité des femmes et des mères est en effet plus forte que celle des hommes et des pères car le taux de professionnalisation des mères reste faible en Allemagne. Elles méritent donc, à ce titre, de faire l'objet d'une protection spéciale²⁶¹². Cette disposition sert, par exemple, à garantir l'existence du congé maternité²⁶¹³. En effet, en 1972, la Cour constitutionnelle rappelle que l'article 6 alinéa 4 LF offre une protection spécifique des mères - protection qui impose des obligations positives au législateur. La Cour rappelle en 1979 que « *le licenciement prononcé à l'encontre d'une femme enceinte est contraire à l'article 6 alinéa 4 de la Loi fondamentale, même si celle-ci n'a pas respecté les délais d'information, dès lors qu'elle n'était pas en tort et qu'elle l'a rattrapé* »²⁶¹⁴. Mais d'un autre côté, cette disposition tend à valoriser le rôle spécifique des *mères* par rapport aux pères. De plus, cette disposition pourrait tendre à renforcer l'idée selon laquelle les mères seraient plus fragiles que les pères et devraient, à ce titre, être davantage protégées. Reste ensuite à se demander pourquoi la collectivité devrait accorder une protection spécifique aux femmes ? Est-ce parce qu'elles se trouvent *de facto* dans une

²⁶⁰⁸ SACKSOFKSY U., « Ehegattensplitting - verfassungswidrig und ungerecht », *NJW*, 2017, p. 12.

²⁶⁰⁹ Loi n° 50-577 du 24 mai 1950 relative à la fête des mères.

²⁶¹⁰ ROMAN D., « Les mères vulnérables ? Le suivi médico-social de la maternité », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le genre, op. cit.*, p. 143.

²⁶¹¹ ROSENBAUM L., *Die Rolle der Frau im Dritten Reich - zwischen Mutterkult und Lebensborn*, Hausarbeit, Grim, 2011 ; BENZ W., *Geschichte des Dritten Reiches*, München, C.H., Beck, 2000, p. 76.

²⁶¹² SCHMIDT-BLEIBTREU B., *Grundgesetz Kommentar*, Article 6 alinéa 4, 12^{ème} édition, 2011 : il s'agit d'une « valeur » à protéger - une « Wertentscheidung ».

²⁶¹³ BVerfG, 25 janvier 1972 - BVerfGE 32, 273.

²⁶¹⁴ BVerfG, 13 novembre 1979 - BVerfGE 52, 357.

situation moins avantageuse que celle des hommes ? La disposition cherche-t-elle, à l'instar des mesures de discriminations positives, à *compenser* ces inégalités ? Est-ce parce qu'elles sont plus fragiles que les hommes qu'elles méritent une protection particulière ? Est-ce parce que leur rôle doit être davantage valorisé vis-à-vis de l'enfant que celui des pères ? Ou est-ce aussi parce que ces dernières sont utiles à la collectivité car elles enfantent de nouveaux citoyens ? Dans la mesure où l'article 6 alinéa 4 de la Loi fondamentale est rédigé en 1949, il semble difficile de considérer qu'il s'inscrit dans une politique d'égalité réelle visant à compenser les inégalités de fait entre les sexes. La rédaction de l'article ne semble dès lors pas dénuée d'ambivalences : elle tend notamment à une *valorisation* de la maternité, voire même à une *essentialisation* de la fragilité féminine²⁶¹⁵.

865. En dernier lieu, les ambivalences du congé maternité méritent d'être soulignées. Tout d'abord, il importe de rappeler que ce congé a été historiquement introduit, au début 20^{ème} siècle en France²⁶¹⁶ et en Allemagne²⁶¹⁷, non pas seulement pour permettre le maintien des femmes dans l'emploi mais également pour s'assurer qu'elles ne renonceront pas à procréer et à s'occuper de leur enfant en bas âge. À titre d'illustration, la loi Strauss de 1913 qui impose une période de repos obligatoire assortie d'une indemnisation financée par l'État²⁶¹⁸ est sous-tendue par une valorisation des soins *maternels* de la petite enfance. Ainsi, la loi précise que « *l'allocation ne peut [...] être accordée ou maintenue que si l'intéressée [...] observe tout le repos effectif compatible avec les exigences de sa vie domestique, et que si elle prend pour son enfant et pour elle-même les soins d'hygiène nécessaires, conformément aux instructions que lui donnera à cet effet la personne désignée par le bureau d'assistance* »²⁶¹⁹. Le versement de l'allocation est donc justifié par les soins que procure la mère à l'enfant. Il n'est pas *de droit* en raison de l'effort que constituent, pour la femme, la grossesse et l'accouchement mais subordonné au respect, par la femme, des exigences relatives au bon entretien de l'enfant²⁶²⁰. Certains auteurs soulignent ainsi que c'est « *au titre de leur fonction reproductrice et de l'intérêt de l'enfant à naître et non parce que la gestation les*

²⁶¹⁵ Sur ce point : SUK J., « Are Gender Stereotypes bad for Women? Rethinking antidiscrimination law and Work-Family conflict » *Columbia Law Review*, Vol. 110, janvier 2010, n° 1.

²⁶¹⁶ Sur l'évolution en France, voir la loi du 27 novembre 1909 garantissant leur travail ou la leur emploi aux femmes en couches (JO, 28 novembre 1909, p. 11386), la loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couche (JO, 19 juin 1913, p. 5254) puis la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales.

²⁶¹⁷ Sur l'évolution en Allemagne, voir le §138 alinéa. 4 de la Reichsgewerbeordnung, la loi du 16 juillet 1927 sur le travail des femmes avant et après l'accouchement (Gesetz über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft du 16 juillet 1927), la loi de 1942 sur la protection des mères travailleuses (Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter du 17 mai 1942) puis, après la libération - et jusqu'en 2017 - la loi de 1952 sur la protection des mères au travail, pendant les formations ou les études (Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium du 24 janvier 1952, BGBl, I, N° 5, 20 janvier 1952, p. 69). Sur cette évolution, voir aussi, GERHARD U., *Frauen in der Geschichte des Rechts - Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München, C.H. Beck'sche, 1997, p. 753.

²⁶¹⁸ Loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches, JO, 19 juin 1913, p. 5254.

²⁶¹⁹ Article 4 alinéa 3 de la loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches.

²⁶²⁰ ODOUL-ASOREY I., « Congé maternité, droit des femmes », *La revue des droits de l'homme*, n° 3, juin 2013, p. 171. Voir également CHAMBELLAND-LIÉBAULT N., « Les bébés dans le Code du travail », *Cahiers Jaurès*, 3/2002, n° 165-166, p. 23.

désavantage sur le plan professionnel, que les femmes sont alors protégées »²⁶²¹. En ce sens, on peut également noter que dans un arrêt *Hofman*, de 1984, la CJCE considère que le congé maternité sert notamment à protéger « les rapports particuliers [que la femme entretient avec] son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement »²⁶²². Ainsi, parce qu'il tend à préserver la condition biologique de la femme et ses capacités reproductives²⁶²³, le congé maternité peut être historiquement perçu comme un instrument servant un objectif *quantitatif*. Certains auteurs l'analysent comme servant la « survie de l'enfant et, indirectement, de celle de la nation »²⁶²⁴. Mais il sert aussi un objectif qualitatif. Il entend inciter les femmes à se consacrer pleinement à leur fonction maternelle, comme si, par nature - du seul fait de la grossesse et de l'accouchement - ces dernières étaient plus promptes que les hommes à leur procurer les soins adaptés. Il manifeste dès lors l'exercice d'une normalisation des rôles parentaux féminins vers les soins de la petite enfance. Il est vrai qu'aujourd'hui, ce congé est surtout pensé « comme un instrument tendant à l'égalité substantielle »²⁶²⁵, comme l'indique notamment une directive du Parlement européen de 2006²⁶²⁶. La logique du congé maternité n'est désormais plus celle de « la protection de la maternité comme fait biologique et fonction sociale [mais] celle de la compensation des inégalités subies sur le marché du travail par les femmes qui ont un ou plusieurs enfants »²⁶²⁷.

866. Cependant, le congé reste encore aujourd'hui sous-tendu par un certain nombre d'ambivalences. Ainsi, le droit impose toujours à l'employeur dans les deux pays de réserver à la mère qui le souhaite un temps libre pour qu'elle puisse allaiter son enfant²⁶²⁸. La loi ne décharge pas ici les femmes, ni de leur obligation professionnelle, ni de leur obligation maternelle - l'allaitement - mais s'assure qu'elles ne renonceront, ni à l'une, ni à l'autre, en leur permettant d'assurer les deux sur leur lieu de travail. Dans un arrêt de 2010, la CJUE souligne pourtant que refuser au père le bénéfice d'un congé allaitement est susceptible de « perpétuer une distinction traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice

²⁶²¹ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., p. 716. Voir aussi, CAMAJI L., ODOUL-ASOUREY I., PORTA J., « Travailleuse, travailleur : une lecture du Code du travail au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ, ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, op. cit., p. 192.

²⁶²² CJCE, *Ulrich Hofmann contre Barmer Ersatzkasse*, 12 juillet 1984, C-184/83.

²⁶²³ LETABLIER M.T., LANQUETIN M.R., *Concilier travail et famille en France. Approches socio-juridiques*, Centres d'étude et de l'emploi, Paris, La documentation française, 2005, p. 28.

²⁶²⁴ CHAMBELLAND-LIEBAULT N., « Les bébés dans le code du travail », op. cit., §20.

²⁶²⁵ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., p. 719.

²⁶²⁶ Voir, la directive du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail 2006/54/CE du 5 juillet 2006, point 24. Voir aussi l'exposé des motifs de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

²⁶²⁷ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., 2018, p. 720.

²⁶²⁸ Article L1225-30 Code du Travail ; §7 Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium - loi sur la protection des mères au travail, en formation ou en étude, 24 janvier 1952.

de leur fonction parentale »²⁶²⁹. Dès lors, permettre aux femmes d'allaiter sur leur lieu de travail - sans permettre aux hommes de nourrir, d'une autre manière, leur enfant sur leur lieu de travail - pourrait tendre à encourager une distribution traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes, la fonction nourricière étant pensée comme relevant de la sphère féminine.

867. Par ailleurs, il faut souligner la différence de taille qui existe toujours dans les durées attribuées au congé maternité et au congé paternité. Alors qu'en France, un congé maternité de huit semaines est attribué aux mères, les pères, eux, ne peuvent bénéficier que de onze jours de congé paternité²⁶³⁰. En Allemagne, si les deux parents peuvent bénéficier d'un congé parental, d'environ un an dans le secteur public²⁶³¹, il n'existe aucun congé spécifique pour les pères qui puisse être comparable, au moins dans une certaine mesure, au congé maternité. Sans contester ici la pertinence du congé maternité - qui permet aux femmes une protection contre le licenciement et un temps de repos après la grossesse et l'accouchement - il n'empêche que la faible durée du congé paternité encourage toujours une répartition traditionnelle des rôles parentaux à la faveur d'une valorisation de la maternité par rapport à la paternité²⁶³². En ce sens, la nouvelle rédaction de la loi allemande sur le congé maternité soulève également des interrogations. Le nouveau §1 de la loi de 2018 précise expressément la finalité du congé maternité. Il dispose ainsi que « *la loi protège la santé de la mère et celle de son enfant [...] pendant la grossesse, après l'accouchement et pendant la période d'allaitement. Elle permet à la femme de conserver son emploi sans mettre en danger sa santé ou celle de son enfant et lutte contre les désavantages liés à la grossesse, à l'accouchement ou à l'allaitement dans le monde de l'emploi* ». La justification officielle de la loi est ainsi la protection de la santé. Cependant, la prolongation du congé maternité à la période de l'allaitement soulève des interrogations, à l'instar de l'insistance du texte sur la protection de la santé de l'enfant. En effet, la protection de la santé de la mère et de l'enfant justifie-t-elle un allongement du congé maternité à la période de l'allaitement ? Ne doit-on pas plutôt voir dans cette disposition une volonté de favoriser les soins fournis par la mère à l'enfant ?

²⁶²⁹ CJCE, *Roca Alvarez*, 30 septembre 2010, C-104/09 ; ROMAN D., « Les stéréotypes de genre : vieilles Lunes ou nouvelles perspectives pour le droit », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *Ce que le genre fait au droit*, op. cit., p. 105. Voir aussi, BUI-XAN O., FERCOT C., « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de l'allaitement », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le genre*, op. cit., p. 163.

²⁶³⁰ Article L1225-35 du Code du travail : « *Après la naissance de l'enfant et dans un délai déterminé par décret, le père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficient d'un congé de paternité et d'accueil de l'enfant de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples. Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant entraîne la suspension du contrat de travail. Le salarié qui souhaite bénéficier du congé de paternité et d'accueil de l'enfant avertit son employeur au moins un mois avant la date à laquelle il envisage de le prendre, en précisant la date à laquelle il entend y mettre fin* ».

²⁶³¹ Dans le secteur public, les durées sont plus longues. Voir, *Verordnung über den Sonderurlaub für Bundesbeamtinnen und Bundesbeamte sowie für Richterinnen und Richter des Bundes (SURV)* - règlement pour les congés spécifiques des fonctionnaires, y compris des juges.

²⁶³² ROMAN D., « Les mères vulnérables ? Le suivi médico-social de la maternité », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le genre*, op. cit., p. 161.

De la même manière, s'il est indéniable que le congé maternité protège la santé de la mère - qui doit se reposer après l'effort que constituent la grossesse et l'accouchement - en quoi protège-t-il la santé de l'enfant ? La protection de sa santé est-elle liée aux soins que lui procurerait la mère ? La santé de l'enfant ne pourrait-elle pas être garantie par les soins que lui procure une assistante maternelle ou son père ? Ces différentes interrogations mettent donc en lumière les ambivalences de ce dispositif de protection sociale ; d'autant plus prégnantes qu'il n'existe pas, à proprement parler, de congé paternité.

868. Ces différents éléments permettent ainsi de dire que les droits français et allemand ne se sont pas pleinement départis d'une certaine image de la femme - de la mère - plus encline que l'homme à rester au foyer. La standardisation des rôles parentaux joue ainsi toujours à l'aune des normes de genre. Cela est d'autant plus visible que les politiques égalitaristes mises en place au 21^{ème} siècle ne produisent pas pleinement les effets escomptés, soit parce qu'elles ne sont pas assez efficaces pour contrecarrer une répartition *de facto* traditionnelle des rôles sociaux, soit parce qu'elles produisent elles-mêmes cette répartition.

2. Les écueils des politiques égalitaristes

869. Si nombre des réformes engagées depuis le début du 21^{ème} siècle cherchent effectivement à encourager un partage plus égalitaire des tâches parentales, elles ne parviennent pas à atteindre l'objectif recherché²⁶³³. En effet, en France, le versement d'allocations permettant aux parents de rester à la maison pour s'occuper des enfants encourage surtout le parent « pauvre » à interrompre son activité professionnelle en cas de difficulté pour trouver une garde d'enfants²⁶³⁴. Or, dans la mesure où les femmes sont en moyenne moins rémunérées que les hommes - d'environ 20%²⁶³⁵ -, ce sont souvent elles qui interrompent leur activité professionnelle. Les statistiques le confirment : en 2013, en France, 96,5 % des allocataires étaient des femmes²⁶³⁶, ce qui s'explique notamment par le fait que « *pour les pères, recourir [à ces prestations] impliqueraient [également] de se démarquer des normes de genre concernant le temps de travail des hommes, leur place au travail ou encore leur engagement professionnel* »²⁶³⁷.

²⁶³³ Sur cette question, on renvoie notamment à la thèse de FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, 2018, p. 514 et suivantes.

²⁶³⁴ SALLES A., LETABLIER M.T, «La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne», *op. cit.*, p. 81.

²⁶³⁵ Chiffres de l'observation des inégalités <http://www.inegalites.fr/spip.php?article972>

²⁶³⁶ Chiffres cités par FONDIMARE E., «La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes», *op. cit.* Voir aussi, Publication électronique de la caisse nationale des Allocations familiale - direction des statistiques, des études et de la recherche, «Les pères bénéficiaires du complément de libre choix d'activité», n° 131, janvier 2013, p. 1.

²⁶³⁷ *Ibid.*

La réforme du congé parental en 2014²⁶³⁸, visant à inciter les hommes à s'en saisir, reste peu « incitative à l'égard des pères en raison du faible montant de l'allocation et contribue à éloigner les mères faiblement qualifiées du marché du travail en raison de sa durée et de son montant. Il accentue donc les écarts entre les mères selon leur niveau de qualification »²⁶³⁹. Ces réformes n'ont certes pas pour objectif d'encourager les femmes à garder leur enfant - elles cherchent au contraire à inciter les hommes à l'accomplissement de cette tâche²⁶⁴⁰ - mais dans les faits, elles ne sont pas l'outil d'égalité espéré. Pour privilégier une répartition plus effective des tâches parentales, les mécanismes mis en place auraient probablement dû être contraignants et non simplement incitatifs. Les lois font certes œuvre de compromis et cherchent notamment à ménager la liberté de choix des couples en limitant une ingérence trop importante de l'État dans l'organisation familiale des individus. Mais le législateur laisse alors perdurer une répartition inégalitaire des rôles parentaux. Cela pérennise une normalisation genrée des rôles parentaux.

870. En Allemagne, en raison d'un contexte social différent, les réformes encouragent encore davantage qu'en France les femmes à endosser les tâches parentales relatives à la prise en charge des enfants en bas âge. En effet, en Allemagne, les mères travaillent moins qu'en France²⁶⁴¹ et les études sociologiques soulignent que celles qui renoncent à s'occuper à temps plein de leur enfant pour poursuivre une carrière professionnelle sont fortement stigmatisées²⁶⁴². Or, si la loi consacre désormais un *droit* pour l'enfant à obtenir une place en crèche²⁶⁴³ ; sa réalisation souffre d'un grand manque d'effectivité. Plus encore, les nouvelles réformes familiales encouragent davantage le travail à temps partiel et le retrait temporaire de l'un des parents du monde du travail que l'amélioration de la prise en charge collective des enfants en bas âge. Or, dans les faits, parce qu'elles sont moins bien rémunérées que leur conjoint et parce qu'il est socialement attendu d'elles qu'elles s'occupent des enfants, ce sont surtout les femmes qui réduisent leur activité professionnelle pour le faire²⁶⁴⁴.

²⁶³⁸ Article L531-4 CSS.

²⁶³⁹ SALLES A., LETABLIER M.T, «La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *op. cit.*, p. 81.

²⁶⁴⁰ Exposé des motifs de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *op. cit.*

²⁶⁴¹ En 2017, 60,3% des mères travaillent contre 83,4% des pères. Lorsque l'enfant à moins de deux ans, seuls 31,9% des mères travaillent contre 81,3% des pères. Voir les chiffres WSI de l'institut des sciences sociales et économiques.

²⁶⁴² Voir notamment VINKEN B., *Die deutsche Mutter - Der lange Schatten eines Mythos*, Berlin, Fischer, 2007 ; RÖTTER Y, *Familienpolitik im Kontext des Neoinstitutionalismus : Deutschland, Schweden und Frankreich. Aus der Gender Perspective*, Hamburg, Diplomica Verlag, 2014.

²⁶⁴³ §24 SGB VIII (version de 2004).

²⁶⁴⁴ De plus, les nouvelles réformes ne semblent pas avoir favorisé une reprise plus précoce - avant les trois ans de l'enfant - du travail. Voir notamment, les chiffres de l'institut pour l'économie, Wirtschaft und Sozial wissenschaftliches Institut «Erwerbstätigkeit vor Elterngeldbezug nach Geburtsjahr des Kindes 2008 - 2014 ».

Ces dispositifs ne produisent donc pas, *dans les faits*, les effets escomptés car favoriser le temps partiel, c'est en général favoriser le temps partiel des femmes²⁶⁴⁵.

871. De la même manière, le versement d'allocations encourage surtout le parent pauvre, c'est-à-dire majoritairement les mères, à se retirer du marché du travail. Ainsi, le congé parental d'éducation, créé par une loi de 1985²⁶⁴⁶, qui peut être comptabilisé dans le calcul des retraites²⁶⁴⁷ est justifié par « *la reconnaissance de l'éducation des enfants dans le calcul des retraites* »²⁶⁴⁸, c'est-à-dire la reconnaissance du travail domestique²⁶⁴⁹. Il est, dans les faits²⁶⁵⁰, majoritairement demandé par les femmes. Il faut également noter qu'en 2013, un projet de loi, très controversé²⁶⁵¹, tente de mettre en place une nouvelle allocation de garde d'enfant. Son objectif est de verser au parent qui cesse son activité professionnelle une indemnité. Or, même si cette loi n'entre pas en vigueur - invalidée par la Cour constitutionnelle pour des raisons de compétence -, cette seule tentative est qualifiée de « *véritable revers politique* », ou encore de « *prime aux fourneaux* »²⁶⁵². Elle indique que le droit allemand ne cherche pas particulièrement à lutter contre les éventuels effets de genre - les éventuelles normalisations des rôles sociaux et de la maternité - que pourraient produire ces allocations. D'ailleurs, si cette loi fédérale n'est pas entrée en vigueur, les Länder peuvent eux prévoir de telles allocations²⁶⁵³. Or, leur existence, perçue comme un « *retour en arrière* »²⁶⁵⁴, souligne le manque de volonté politique à la construction de lieux d'accueil de la petite enfance²⁶⁵⁵. Sous couvert d'une

²⁶⁴⁵ En 2009, 81, 7% des femmes qui travaillent sont à mi-temps (chiffres du Statistisches Bundesamt). Les emplois à mi-temps ou les mini-jobs sont majoritairement occupés par des femmes. Quatre fois plus de femmes que d'hommes travaillent à mi-temps, 2/3 des emplois très peu rémunérés sont exclusivement occupés par des femmes. Voir pour le détail : Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zukunftsratfamilie, *Erwerbstätigkeit, Erwerbsumfang und Erwerbsvolumen 2010*, dossier, 2012, ainsi que les statistiques de l'agence du travail, disponible sur <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content>.

²⁶⁴⁶ Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit - loi sur les allocations d'éducation et le congé parental, 6 décembre 1985, BGBl I 1985, 2154 - §177 SGB VI.

²⁶⁴⁷ *Ibid.*

²⁶⁴⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Hinterbliebenenrenten sowie zur Anerkennung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung - projet de loi d'instauration d'une nouvelle pension de retraite et de reconnaissance des congés pour l'éducation des enfants dans la loi sur les assurances retraite, Drucksache 10/2677, 28 décembre 1984. Voir aussi, BVerfG 7 juillet 1992 - BVerfGE 87, 1, considérant 2 : « *Le législateur est obligé au regard de l'article 2 alinéa 1 LF en relation avec l'article 6 alinéa 1 de compenser bien plus qu'il ne le faisait jusqu'alors les lacunes du système d'assurance retraite qui touchent les personnes qui n'ont pas travaillé pour éduquer leurs enfants* ».

²⁶⁴⁹ Voir sur cette question, BOCK G., « Pauvreté féminine, droits des mères et États providence », in THÉBAUD F., *Histoire des femmes en occident*, Tome V, le 20^{ème} siècle, Perron, 2002, p. 519.

²⁶⁵⁰ Même si ce congé - et le versement d'allocations qui y est lié - peuvent être demandés par chaque parent : §56 SGB VI.

²⁶⁵¹ SACKSOFSKY U., « Vereinbarkeit des geplanten Betreuungsgelds nach §16 IV SGB VIII mit Artikel 3 und Artikel 6 GG », *op. cit.*

²⁶⁵² VEIL M., « Politiques familiales contre politique de l'égalité des sexes ? Le cas de l'Allemagne », *op. cit.*, p. 95.

²⁶⁵³ Voir par exemple pour la Bavière : Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz, 9 juillet 2007 ; pour la Saxe, Sächsisches Landeserziehungsgeldgesetz, 7 janvier 2008.

²⁶⁵⁴ BUTTERWEGGE C., *Krise und Zukunft des Sozialstaates*, Berlin, Springer, 5^{ème} édition, 2014, p. 318. Voir aussi le projet de loi sur les allocations de garde : Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Betreuungsgeldgesetzes, Bundesrates, Drucksache 198/13, 22 mars 2013, p. 4 : « *Pas dans la mauvaise direction en termes de politiques publiques d'égalité* » ; voir également Drucksache 18/5.

²⁶⁵⁵ Argument soulevé par l'un des porteurs du projet de loi *Bundesrat* afin de supprimer les allocations de garde : Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Betreuungsgeldgesetzes, Bundesrates, Drucksache 198/13, 22 mars 2013, p. 1.

liberté de choix, plus respectueuse du modèle de la neutralité que des mesures contraignantes, les mesures mises en place ne supplantent pas la répartition traditionnelle des rôles parentaux. « *Le concept périmé de liberté de choix est vilipendé au motif qu'il s'agit d'un choix entre une garde des enfants au sein du foyer et hors du foyer, c'est-à-dire entre vie professionnelle et vie familiale* »²⁶⁵⁶. Dès lors, les politiques familiales allemandes, notamment, parce qu'elles ne prennent pas suffisamment en compte le contexte social dans lequel elles s'inscrivent tendent à juxtaposer « *le modèle de la mère active à l'idéal traditionnel de l'homme pourvoyeur de ressources, toujours socialement garanti par l'imposition conjointe des époux* »²⁶⁵⁷. Elles maintiennent alors des processus de normalisation de la maternité, fondée sur une répartition genrée des rôles parentaux.

872. Ces différents dispositifs sociaux continuent ainsi à encourager l'idée selon laquelle il est préférable que ce soit la mère qui, dans un premier temps au moins, s'occupe de l'enfant. Ils encouragent l'idée selon laquelle la fonction maternelle serait inhérente à l'identité féminine, voire même qu'il est *normal* que la femme interrompe son activité professionnelle pour s'occuper des enfants. Cette répartition inégalitaire des tâches parentales réside notamment dans un facteur idéologique - très largement pérennisé par le droit - au regard duquel la femme aspirerait - ou *devrait* aspirer - *par essence et par nature* à la maternité. Les réticences des ordres juridiques à considérer le renoncement à l'enfantement s'expriment d'ailleurs toujours, même depuis la libéralisation de la contraception et de l'avortement, en droit positif. Ces réticences manifestent la pérennité d'une normalisation de la maternité, structurée autour de l'idée selon laquelle le modèle juridique archétypique de la femme « normale » est celui d'une femme qui ne renonce pas à devenir mère.

II. La normalisation de la maternité par les réticences à l'admission du refus de la maternité

873. La pérennité d'une normalisation juridique de la maternité s'explique en partie par la conception de la maternité que soutient le droit. Ce dernier procède en effet à une *naturalisation* de la maternité notamment car, on le verra, en France et en Allemagne, le droit de la filiation rend par principe automatique l'établissement juridique d'un lien de filiation pour toutes les femmes qui accouchent²⁶⁵⁸. C'est l'accouchement, en tant que fait physiologique, qui sert de fondement juridique à la maternité. Le droit admet toutefois que la femme enceinte puisse renoncer à la maternité par le biais de l'IVG ou de l'accouchement sous X. Une femme enceinte peut donc ne

²⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 95 ; voir également SACKSOFSKY U., « Vereinbarkeit des geplanten Betreuungsgelds nach §16 IV SGB VIII mit Artikel 3 und Artikel 6 GG », *op. cit.*

²⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 90.

²⁶⁵⁸ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

pas devenir la mère de l'enfant qu'elle a porté, alors même que le géniteur d'un enfant peut, lui, être contraint, par le biais d'une action en reconnaissance de paternité, à devenir le père d'un enfant qu'il n'a pas nécessairement désiré. L'IVG et l'accouchement sous X pourraient alors être perçus comme des mécanismes qui rééquilibrent, compensent, contrebalancent les différences de normalisation (de la maternité vis-à-vis de la paternité) mentionnées jusqu'alors. Cela étant, il importe de voir que l'IVG et l'accouchement sous X ne sont pas pensés comme garantissant un *droit à ne pas être mère*. Au regard du droit, le *bon* comportement procréatif féminin reste celui qui mène à la *maternité*. En effet, comme on cherchera à le montrer, le droit demeure réticent à admettre le renoncement à la maternité, plus qu'il ne l'est - contrairement aux apparences - à admettre le renoncement à la paternité. Même s'il admet l'accouchement sous X afin notamment de protéger la vie de l'enfant à naître, il n'est pas l'expression d'un droit au refus de la maternité (A) à l'instar de l'IVG (B).

A. Les résistances à la consécration de l'accouchement sous X comme droit individuel

874. On le verra ultérieurement, le droit français n'appréhende pas de la même manière l'établissement du lien de filiation paternelle et maternelle²⁶⁵⁹. Il fonde notamment la maternité - à la différence de la paternité - sur un fait seulement biologique : l'accouchement²⁶⁶⁰. L'existence en droit français et allemand d'un mécanisme d'accouchement dans le secret ne permet pas de mettre à mal ce constat. Le seul fait qu'il soit nécessaire de nier l'accouchement pour admettre que la femme n'est pas la mère de l'enfant tend *a contrario* à renforcer l'idée selon laquelle c'est précisément l'accouchement qui, par principe, fonde la maternité²⁶⁶¹. Ce mécanisme ne saurait être vu comme consacrant un *droit* pour la femme enceinte de ne pas devenir mère. Tout d'abord, il importe de montrer que, d'un point de vue historique, ce sont des considérations avant tout sanitaires qui justifient son introduction, particulièrement en France (1). Ensuite, il convient de mettre en lumière les remises en cause contemporaines de ce mécanisme au regard de la montée en puissance du droit à la connaissance de ses origines. Paradoxalement, c'est du reste également à ces fins qu'un tel mécanisme est instauré en Allemagne. Ces remises en cause révèlent une approche encore très *naturalisante* de la maternité, pensée comme *inscrite* dans le corps des femmes. Cette naturalisation tend à orienter les comportements procréateurs féminins vers la maternité (2).

²⁶⁵⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²⁶⁶⁰ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²⁶⁶¹ IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 302.

1. L'instauration de l'accouchement sous X à des fins historiquement sanitaires

875. À partir du 18^{ème} siècle, le mécanisme de l'accouchement sous X se développe. En 1793²⁶⁶², un décret crée des maisons où les femmes enceintes peuvent se retirer et où « *le secret le plus inviolable sera gardé sur tout ce que la concernera* »²⁶⁶³. Une circulaire de 1812 précise ensuite que « *la mère [...] peut même ne pas se faire connaître [...] si elle a confié le secret de sa maternité au déclarant, il ne peut être tenu de la révéler [...]* »²⁶⁶⁴. En parallèle, le juge s'assure du respect par le médecin du secret qui lui est confié. Ainsi, dans un arrêt du 1^{er} juin 1844, la Cour refuse la condamnation d'un médecin sur le fondement de l'article 346 du Code pénal, qui sanctionne en principe l'absence de déclaration d'un accouchement²⁶⁶⁵ car elle considère que le « *sceau du secret* » protège la femme²⁶⁶⁶. La loi du 27 juin 1904 consacre ensuite la possibilité d'une remise secrète de l'enfant « *dans un local ouvert de jour et de nuit sans autre témoin que l'employé des services d'admissions* »²⁶⁶⁷. Il est ainsi possible pour les femmes d'accoucher dans le secret et de remettre ensuite l'enfant à l'établissement dans lequel elle se trouve.

876. L'instauration de ces dispositions peut être lue comme servant des finalités avant tout sanitaires. En ce sens, il faut relever que le rapporteur de la loi de 1904 au Parlement considère que cette dernière a pour but « *de protéger la santé de l'enfant dans la période où son existence est particulièrement fragile* »²⁶⁶⁸. Lors des débats parlementaires de la fin du 19^{ème} siècle à propos d'une proposition visant à autoriser l'abandon anonyme, un député énonce également que « *ces dispositions sont d'une extrême importance, elles sont destinées à supprimer les infanticides, à restreindre la mortalité, à préserver des fragiles*

²⁶⁶² Article 7 du décret du 28 juin 1793.

²⁶⁶³ BARÈGES B., *Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 novembre 2010, p. 10 : La femme qui souhaite rester anonyme est désignée par un numéro. Celui-ci est inscrit sur un registre, le *Livre noir*, déposé au greffe de l'établissement.

²⁶⁶⁴ Circulaire du 30 juin 1812 sur l'état civil des enfants trouvés citée par LEFAUCHEUR N., « 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. Histoire, femmes et sociétés*, 24, 2006. On peut aussi citer le décret impérial du 11 janvier 1811 qui rétablit les tours d'abandon.

²⁶⁶⁵ Article 346 Code pénal 1810 : « *Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 56 du Code Napoléon, et dans le délai fixé par l'article 55 du même Code, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de seize francs à trois cents francs* ».

²⁶⁶⁶ CC, chambre criminelle, 1^{er} juin 1844, *Recueil période et critique*, Jurisprudence générale du royaume, 1^{ère} partie, année 1844, p. 283.

²⁶⁶⁷ Article 8 de la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés, JO, 30 juin 1904, p. 3878 : « *Dans chaque département, le préfet désigne, après avis conforme du conseil général, l'établissement ou les établissements où peuvent être présentés les enfants dont l'admission, en qualité de pupilles de l'assistance est demandée. La présentation a lieu dans un local ouvert le jour et la nuit et sans autre témoin que la personne préposée au service d'admission. L'admission peut avoir lieu sur demande écrite adressée au préfet* ».

²⁶⁶⁸ Chambre des députés, séance 1 du 14 juin 1904, M. le rapporteur, p. 1440 ; chambre des députés, séance 1 du 14 juin 1904, M. le marquis de La ferronnays, « *à la suite de cette enquête, j'étais arrivé à la conclusion que le tour, avec ou sans disposition classique, autrement dit la faculté de dépôt ou d'abandon libre, à certaines conditions, était une œuvre utile et une œuvre morale* ».

existences »²⁶⁶⁹. Partant, ce sont essentiellement des considérations de santé publique, ayant trait au *faire vivre*, qui semblent avoir guidé l'instauration de l'accouchement sous X²⁶⁷⁰. Le décret-loi de 1939 - qui instaure les maisons maternelles²⁶⁷¹ - et le décret-loi de 1942 - qui renforce la protection du secret de l'identité de la femme enceinte²⁶⁷² et organise la gratuité des soins et des frais d'hébergement²⁶⁷³ - s'inscrivent aussi dans cette logique²⁶⁷⁴. Cette appréhension sanitaire de l'accouchement sous X n'a d'ailleurs pas disparu. En effet, en 2012, interrogé sur la constitutionnalité de ce mécanisme dans une QPC, le Conseil constitutionnel met en lumière la finalité de protection de la santé publique que poursuit l'accouchement sous X : « *Le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé* »²⁶⁷⁵. Ainsi, c'est la protection de la santé - et non pas une logique « autonomiste » du droit des femmes - qui justifie l'existence d'un mécanisme qui permet aux femmes de ne pas être liées à l'enfant dont elles accouchent. Le Conseil constitutionnel fait ici prévaloir une « *logique sanitaire sur une logique subjective et individualiste* »²⁶⁷⁶. Ce sont donc des logiques sanitaires et biopolitiques qui expliquent la création et la pérennité de l'accouchement sous X en France. Ce n'est donc pas la logique de l'autonomie procréative²⁶⁷⁷ - au regard duquel il serait considéré que les femmes enceintes disposent d'un *droit à ne pas devenir mère* - qui justifie historiquement son instauration. Les remises en cause contemporaines de ce mécanisme confirment que l'autonomie procréative n'est pas le paradigme structurant le mécanisme de l'accouchement sous X.

²⁶⁶⁹ Sénat, 14 novembre 1899, p. 129 ; chambre des députés, 7 mars 1899, p. 864 : « *La maternité secrète est instituée pour sauver les enfants que notre imprévoyance sociale condamne à l'heure actuelle à une mort certaine* ». Dans le même sens : Sénat, 14 novembre 1899, p. 129 ; Sénat, 17 janvier 1902, Paul Strass p. 2-9.

²⁶⁷⁰ ENSELLEM C., *Naître sans mère ? Accouchement sous x et filiation*, Presses universitaires de Rennes, 2004, §45 ; LEFAUCHEUR N., « 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*, 24, 2006.

²⁶⁷¹ Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, JO, 30 juillet 1939, p. 9607.

²⁶⁷² Article 1 de la loi n° 3763 du 2 septembre 1941, JO, 14 septembre 1941, p. 3932 : « *Pendant le mois qui précédera et le mois qui suivra l'accouchement, toute femme enceinte devra, sur sa demande, être reçue gratuitement et sans qu'elle ait besoin de justifier de son identité, dans tout établissement hospitalier public susceptible de lui donner les soins que comporte son état. En conséquence et pendant cette période, il ne pourra être refusé un lit disponible à une femme en état de grossesse qui se présentera dans un de ces établissements pour y être admise* ».

²⁶⁷³ BARÈGES B., *Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, op. cit., p.14.

²⁶⁷⁴ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁶⁷⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-248, QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E*, Accès aux origines personnelles. Voir notamment, ROMAN D., « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDSS*, 2012, p. 750 ; LE RUDULIER N., « Constitutionnalité de l'accouchement sous X », *Dalloz actualité*, 30 mai 2012.

²⁶⁷⁶ BOURGAULT-COUDEVILLE D., « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 9 », *LPA*, 19 août 2013, n° 165, p. 6.

²⁶⁷⁷ FERNALEGUEN (Francis), « Le corps de la femme et la biomédecine en droit français », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, op. cit., p. 98 : « *Cette pratique ne correspond pas à une maîtrise du corps par un refus de donner naissance à un enfant, mais elle consiste, au contraire, à souffrir de donner naissance à un enfant non désiré sous la promesse de pouvoir répudier ensuite une maternité avérée* ».

2. Une logique remise en cause par le droit à la connaissance de ses origines

877. Force est d'admettre qu'il existe, en droit français et, dans une moindre mesure, en droit allemand un mécanisme qui permet aux femmes de ne pas devenir mères de l'enfant qu'elles ont mis au monde. Cependant, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs, il apparaît difficile de considérer que ce mécanisme illustre la « *toute-puissance maternelle* »²⁶⁷⁸ en matière procréative, qu'il met en lumière de manière flagrante « *la désastreuse méthode de la législation sous [...] des droits à...* »²⁶⁷⁹, ni même que

*« si la conception initiale du Code civil était effectivement marquée par l'influence prépondérante du père ; la nécessité d'un "rééquilibrage" s'est en réalité traduite par un déclin du rôle du père au profit, cette fois, de la prédominance de la "mère de naissance". On est alors en droit de se demander [...] si l'on n'est pas passé du régime (napoléonien) de l'enfant "propriété du père" à un régime nouveau (féministe ?) de l'enfant "propriété de la mère" ? ».*²⁶⁸⁰

878. Il importe de démontrer que l'accouchement sous X n'est pas pensé par le droit comme « *une liberté personnelle de la femme, dont elle [pourrait] user en toute souveraineté, y compris pour réaliser une véritable suppression de l'état de l'enfant* »²⁶⁸¹. En ce qui concerne la France, outre son fondement historique sanitaire, sa récente et constante remise en question au nom du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines l'indique. En effet, la pondération réalisée par le droit entre, d'un côté, les intérêts de la femme enceinte à l'anonymat, et, de l'autre, les intérêts de l'enfant à la levée du secret, penche toujours davantage en faveur de la sauvegarde des intérêts de l'enfant. La remise en question de l'accouchement sous X tend à renforcer l'hypothèse selon laquelle le droit ne tend pas à faire de l'établissement juridique de la maternité un acte de volonté mais la conséquence automatique d'un fait naturel, comme s'il était naturel, et donc normal, qu'une femme enceinte accepte la maternité (a). En ce qui concerne ensuite l'Allemagne, l'introduction d'un tel mécanisme est récente et sert, aussi paradoxal que celui puisse sembler, avant tout, à garantir le droit à la connaissance des enfants accouchés sous X et non à consacrer un droit pour les femmes de ne pas être mère. Les acteurs juridiques allemands tendent en effet toujours à considérer que le bon

²⁶⁷⁸ MALLET-BRICOUT B., « Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *Dalloz*, 2006, p. 1177 : « Par la remise en cause d'une institution exceptionnellement mise en œuvre (environ quatre cents enfants naissent dans le secret chaque année en France), les juges rendent ici hommage à un principe supérieur, celui de l'égalité des filiations vu, non pas sous l'angle de la traditionnelle et désormais dépassée distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, mais sous celui de la nécessaire dualité entre filiation maternelle et filiation paternelle : la toute-puissance maternelle est anéantie, les droits du père sont restaurés, ceux de l'enfant également, qui pourra ainsi être élevé par son père biologique si celui-ci se manifeste à temps (avant le placement en vue d'adoption), et même connaître l'identité de sa mère biologique.. - par l'intermédiaire de son père » ; AUBIN S., « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 2003, n° 57, p. 6 : « Or, la décision d'accoucher dans le secret appartient à la mère seule. Cette toute-puissance de la mère avait déjà été consacrée par la législation sur l'interruption volontaire de grossesse ».

²⁶⁷⁹ HAUSER J., « Accouchement anonyme et paternité (suite) », *RTDciv.*, 2004, p. 275.

²⁶⁸⁰ AUBIN S., « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 2003, n° 57, p. 6

²⁶⁸¹ Propos de Dorothee Bourgault-Coudeville cités par HAUSER J., « La mort civile de l'enfant », *RTDciv.*, 1998, p. 891.

comportement procréatif féminin (a minima lorsque la femme est enceinte) est celui qui ne conduit pas à renoncer à la maternité (b).

a. En France

879. En France, depuis une loi de 1993²⁶⁸², l'article 326 du Code civil dispose que « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ». Dans un tel cas de figure, l'identité de la femme est inconnue, de sorte qu'elle ne peut pas être juridiquement liée à l'enfant. Plus encore, une *fiction juridique* est réalisée par l'article 326 du Code civil : la femme est réputée ne jamais avoir accouché. En 1993, l'article 325 du Code civil interdit d'ailleurs l'action en recherche de maternité dans ce cadre. À première vue, la seule volonté de la femme enceinte lui permet, par le biais de ce mécanisme, de ne pas être juridiquement liée à l'enfant, alors même qu'un homme peut, lui, se voir imposer sa paternité par le biais d'une action judiciaire²⁶⁸³. Ce mécanisme tend ainsi à remettre en cause « *le mythe de l'amour maternel pour l'enfant* »²⁶⁸⁴ que sous-tend « *la définition physiologique de la maternité* »²⁶⁸⁵.

880. Cependant, même si les mouvements féministes réaffirment, à l'époque contemporaine, leur attachement à l'accouchement sous X - le présentant comme un « *droit des femmes* »²⁶⁸⁶ - ce dispositif fait l'objet de contestations et redéfinitions. Les plus fortes d'entre elles sont structurées autour du nouveau paradigme du droit à la connaissance des origines²⁶⁸⁷. Ce paradigme entraîne une remise en question, au moins partielle, de l'accouchement sous X.

881. La loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et des pupilles de l'État en fournit une première illustration²⁶⁸⁸. L'objectif de cette loi est, comme son titre l'indique, de favoriser l'accès de l'enfant à ses origines personnelles. C'est l'une des raisons pour lesquelles, le législateur instaure le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles

²⁶⁸² Loi n° 92-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

²⁶⁸³ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père », *AJ Famille*, 2017, p. 292 ; LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *LesLPA*, n° 120, juin 2016, p. 6 ; IACUB M., « Pour un statut de géniteur sous X, la fin d'un privilège féminin et du patriarcat », *Psychologie*, novembre 2006, p. 92.

²⁶⁸⁴ ENSELLEM C., *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, *op. cit.*, p. 188 et 203.

²⁶⁸⁵ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 704.

²⁶⁸⁶ Voir sur cette question, GRÜNDLER T., « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X », *op. cit.*

²⁶⁸⁷ Voir aussi, CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R. (dir.), *L'abnégation en droit civil*, *op. cit.*, p. 88.

²⁶⁸⁸ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État. Voir sur cette question, VERDIER P., « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AJ famille*, 2003, p. 92 ; NEIRINCK C., « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS*, 2002, p. 189.

(CNAOP)²⁶⁸⁹. Cette loi introduit l'article 222-6 du Code de l'action sociale et des familles qui dispose que

« toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli ».

882. Par conséquent, les femmes sont encouragées depuis 2002 à laisser des informations identifiantes à l'enfant. Elles peuvent par ailleurs renoncer à tout moment à leur anonymat en procédant auprès du CNAOP à une déclaration expresse de levée du secret²⁶⁹⁰. Cette modification législative est en partie justifiée par la crainte d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁹¹ ; cette dernière considérant que

« l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. [...] [et qu'à] cet épanouissement contribue l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »²⁶⁹².

883. Cette modification permet d'ailleurs à la France la validation conventionnelle de son dispositif. La Cour déclare en effet, en 2003, dans un arrêt *Odièvre contre France* que,

« le système mis en place par la France récemment, s'il conserve le principe de l'admission de l'accouchement sous X, renforce la possibilité de lever le secret de l'identité qui existait au demeurant à tout moment avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002. La nouvelle loi facilitera la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles [...]. D'application immédiate, elle peut désormais permettre à la requérante de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère sous réserve de l'accord de celle-ci de manière à assurer équitablement la conciliation entre la protection de cette dernière et la demande légitime de l'intéressée, et il n'est

²⁶⁸⁹ LIANOS F., « Les enjeux de l'accouchement sous X », *Droit et société*, 82/2012, p. 648. Sur l'émergence du paradigme du droit à la connaissance de ses origines, NICOLAS-MAGUIN M.F., « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *Dalloz*, 1995, p. 75 ; MALLET-BRICOUT B., « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2003, p. 1240.

²⁶⁹⁰ Article L147-2 -2 CASF : « Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles reçoit : 1° la demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant formulée : - s'il est majeur, par celui-ci ; - s'il est mineur, et qu'il a atteint l'âge de discernement, par celui-ci avec l'accord de ses représentants légaux ; - s'il est majeur placé sous tutelle, par son tuteur ; - s'il est décédé, par ses descendants en ligne directe majeurs ; 2° la déclaration de la mère ou, le cas échéant, du père de naissance par laquelle chacun d'entre eux autorise la levée du secret de sa propre identité ; 3° les déclarations d'identité formulées par leurs ascendants, leurs descendants et leurs collatéraux privilégiés ; 4° la demande du père ou de la mère de naissance s'enquérant de leur recherche éventuelle par l'enfant ».

²⁶⁹¹ En ce sens, DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille », *op. cit.*, p. 189.

²⁶⁹² CEDH, *Mikulic contre Croatie*, 7 février 2002, n° 5317699, §§54 et 64. Voir, MARGUÉNAUD J.P., « Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.*, 2002, p. 866 ; HAUSER J., « Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique », *RTD civ.*, 2002, p. 795.

même pas exclu, encore que cela soit peu probable, que, grâce au nouveau conseil institué par le législateur, la requérante puisse obtenir ce qu'elle recherche. La législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause»²⁶⁹³.

884. Ainsi, le dispositif français est jugé conforme à l'article 8 de la CESDH dont découle notamment un droit à la connaissance de ses origines²⁶⁹⁴. Cette conformité s'explique notamment par la remise en question partielle du dispositif français par la loi de 2002 qui permet désormais à l'enfant d'accéder à certaines informations sur sa gestatrice. À l'inverse, dans l'arrêt *Godelli contre Italie* de 2012, le droit italien a été jugé non conforme à la Convention européenne des droits de l'homme car le mécanisme italien d'accouchement sous X ne laissait pas à l'enfant la possibilité d'accéder à des informations, fussent-elles non identifiantes, sur sa gestatrice. De plus, il n'organisait pas la réversibilité du secret²⁶⁹⁵. Ce n'est, ni d'un droit à ne pas devenir mère, ni de toute-puissance maternelle, dont il s'agit ici mais de la recherche d'un équilibre entre la possibilité pour la femme d'accoucher anonymement et celle pour l'enfant d'avoir accès à ses origines. Or en France, la femme dispose certes de la possibilité de ne *jamais* dévoiler son identité mais, selon la CEDH, il ne saurait s'agir d'un droit absolu : elle doit en effet être *incitée* à laisser des informations identifiantes. La Cour estime donc que pondération entre ses intérêts et ceux de l'enfant est proportionnée.

885. La loi du 16 janvier 2009 fournit une seconde illustration de ce que les réformes législatives successives tendent à affaiblir l'efficacité du mécanisme de l'accouchement sous X. Cette réforme supprime l'article 325 du Code civil, qui consacrait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité dans le cadre de l'accouchement sous X. Par crainte d'une condamnation de la CEDH²⁶⁹⁶, le législateur décide de supprimer cette fin de non-recevoir²⁶⁹⁷. Cette réforme atténue alors considérablement l'intérêt de l'accouchement sous X : en effet dans la mesure où l'enfant est susceptible connaître l'identité de sa gestatrice depuis la réforme de 2002, il pourra alors tenter

²⁶⁹³ CEDH, *Odièvre contre France*, 13 février 2003, n° 4232698, §49. Voir sur cette question, MARGUÉNAUD J.P., « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD Civ.*, 2003, p. 375 ; MONEGER F., « L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire *Odièvre contre France* », *RDSS*, 2003, p. 219.

²⁶⁹⁴ Droit expressément formulée comme tel dans CEDH, *Odièvre contre France*, 13 février 2003, n° 4232698, §44 ; mais déjà protégé depuis CEDH, *Gaskin contre Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n° 1045483 ; CEDH, *Mikulic contre Croatie*, 2 février 2002, n° 5317699, en tant qu'élément de l'identité personnelle.

²⁶⁹⁵ CEDH, *Godelli contre Italie*, 25 septembre 2012, n° 3378309. CHENEDE F., « Condamnation strasbourgeoise de l'accouchement anonyme à l'italienne - Cour européenne des droits de l'homme 25 septembre 2012 », *AJ famille*, 2012, p. 554.

²⁶⁹⁶ BOURDOULEIX G., *Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation*, n° 770, 2 avril 2008 ; DE RICHEMONT H., *Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, fait au nom de la commission des lois*, n° 145, 19 décembre 2007.

²⁶⁹⁷ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

une action contre celle qui aura bien voulu lui laisser des informations identifiantes²⁶⁹⁸. Par ailleurs, dans la mesure où le juge admet, comme on le verra *infra*, la reconnaissance paternelle prénatale d'un enfant né sous X²⁶⁹⁹, « on peut [alors] se demander ce qui empêchera le père de révéler à cet enfant le nom de sa mère et de rendre ainsi inopérant l'article 326 du Code civil »²⁷⁰⁰. Même dans le cadre d'un accouchement sous X, une femme peut donc se voir astreinte à la maternité du seul fait de sa grossesse et de son accouchement, même si elle avait décidé, dans un premier temps, d'accoucher sous X.

886. La loi du 26 juillet 2013 fournit enfin une dernière illustration législative de la réduction progressive des effets de l'accouchement sous X²⁷⁰¹. Cette loi introduit l'article L224-8-1 CASF qui dispose que l'arrêté par lequel un enfant est admis en qualité de pupille de l'État peut être contesté par le père de naissance de l'enfant ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance²⁷⁰². Cette loi est la conséquence d'une décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2012²⁷⁰³. En l'espèce, le Conseil devait contrôler la constitutionnalité de l'ancienne version de l'article L224-8 CASF. Cet article était contesté car il ne prévoit pas la liste des personnes auxquelles l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de la nation devait être notifié. Le Conseil constitutionnel a alors considéré que le législateur devait établir la liste des personnes devant être informées de cet arrêté en raison de leur proximité avec l'enfant :

*« Si le législateur a pu choisir de donner qualité pour agir à des personnes dont la liste n'est pas limitativement établie et qui ne sauraient, par conséquent, recevoir toutes individuellement la notification de l'arrêté en cause, il ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours ; que, par suite, les dispositions du premier alinéa de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution »*²⁷⁰⁴.

²⁶⁹⁸ GRANET-LAMBRECHTS F., « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *AJ famille*, 2009, p. 76. Voir pour une concrétisation jurisprudentielle, TGI Toulouse, 8 octobre 2012, n° 1201100, HAUSER J., « Le désordre progressif de l'accouchement anonyme », *RTDciv.*, 2013, p. 587.

²⁶⁹⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) ; CC, 1^{ère} chambre civile, 7 avril 2006 n° 0511285. Voir HAUSER J., « La mort civile de l'enfant », *RTDciv.*, 1998, p. 891 ; HAUSER J., « Accouchement anonyme et paternité », *RTDciv.*, 2004, p. 275 ; AUBIN S., « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 2003, n° 57, p. 6.

²⁷⁰⁰ DE RICHEMONT H., *Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation*, *op. cit.*

²⁷⁰¹ Loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État. Voir notamment, LEROYER A.M., « Pupille de l'État », *RTDciv.*, 2013, p. 898.

²⁷⁰² Article L224-8-1 CASF : « L'enfant est admis en qualité de pupille de l'État par arrêté du président du conseil général [...] [et qu'il peut être contesté] Les parents de l'enfant, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale ; les membres de la famille de l'enfant ; le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance, lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L224-4 ; toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant. [...] [et qu'il est notifié [à ces] personnes mentionnées...] par tout moyen permettant d'établir une date certaine de réception [et qu'elle] mentionne les voies et délais de recours ainsi que la juridiction compétente ».

²⁷⁰³ Conseil constitutionnel, QPC n° 2012-268, 27 juillet 2012.

²⁷⁰⁴ Conseil constitutionnel, QPC n° 2012-268, 27 juillet 2012.

887. Pour répondre aux exigences du Conseil constitutionnel, le législateur modifie donc l'article L224-8 du CASF. Cette modification affaiblit la portée de l'accouchement sous X²⁷⁰⁵. L'objectif de cet article est précisément de permettre au géniteur de l'enfant²⁷⁰⁶ de contester l'admission de l'enfant en tant que pupille de l'État et, le cas échéant, d'établir ensuite un lien de filiation avec ce dernier. Or, étant donné que le géniteur connaît très probablement l'identité de la gestatrice, s'il devient le père de l'enfant, il pourra ensuite lui communiquer son identité et ce dernier pourra alors tenter une action en recherche de maternité.

888. Ces trois réformes législatives mettent ainsi à mal l'efficacité du mécanisme de l'accouchement sous X. Ils affaiblissent la possibilité pour les femmes de ne pas établir de lien juridique avec l'enfant qu'elles ont porté²⁷⁰⁷ au nom d'un nouveau paradigme, celui de la connaissance de ses origines.

889. Cela étant, au-delà de ces réformes législatives, c'est probablement certaines décisions judiciaires - dans deux affaires qu'il convient d'analyser - qui fournissent l'illustration la plus prégnante de ce que l'accouchement sous X n'est pas une illustration de la « *liberté personnelle de la femme, dont elle [pourrait] user en toute souveraineté* »²⁷⁰⁸. Le droit ne tend pas à fonder la maternité sur un acte de volonté, pas même dans le cas de l'accouchement sous X et il émet toujours des réserves quant à la possibilité pour une femme de renoncer à la maternité.

890. Dans une première espèce - l'affaire *Benjamin* -, un homme cherche à établir son lien de filiation avec l'enfant qu'il a reconnu *in utero*. Cet enfant a été déclaré pupille de la nation et adopté²⁷⁰⁹ en raison de l'accouchement sous X de la gestatrice. En première instance, en 2003, le tribunal de grande instance de Nancy fait droit à sa demande, considérant « *que ce dernier doit pouvoir établir librement son lien de filiation naturelle, y compris par une reconnaissance anténatale, l'article 341-1 du Code civil étant inopposable au père en raison du caractère divisible du lien de filiation naturelle* »²⁷¹⁰. Cependant, la Cour d'appel de Nancy, saisie d'un recours par les parents d'adoption de l'enfant, rejette par la suite la demande du géniteur. Elle estime que « *cette reconnaissance s'est trouvée privée de toute efficacité du fait de la décision de Madame H. d'accoucher sous X et de dissimuler à Monsieur P. tous les éléments susceptibles de*

²⁷⁰⁵ Le texte se réfère aux enfants « admis en application de l'article 224-4 CASF » soit les enfants nés sous X.

²⁷⁰⁶ Pour reprendre les termes de la loi ; article 1 de la loi n° 2013-673, 26 juillet 2013.

²⁷⁰⁷ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R. (dir.), *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 88.

²⁷⁰⁸ Propos de Dorothée Bourgault-Coudeville cités par HAUSER J., « La mort civile de l'enfant », *RTD civ.*, 1998, p. 891.

²⁷⁰⁹ Voir sur cette affaire, MALLET-BRICOURT B., « Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *Dalloz*, 2006, p. 1177 ; NEIRINCK C., « Aide sociale à l'enfance, accouchement sous X, reconnaissance prénatale paternelle, Convention internationale des droits de l'enfant, droits du père biologique », *RDSJ*, 2006, p. 575.

²⁷¹⁰ TGI Nancy, 16 mai 2003 ; observations Rubellin-Devichi, *JCP*, 2003, I, n° 148, n° 2 ; observations Murat, *Droit de la famille*, 2003, comm. n° 88.

retrouver l'enfant. L'identification de l'enfant résultant de la seule désignation de la mère, qui est censée n'avoir jamais accouché, en application des dispositions de l'article 341-1 du Code civil, est inopérante. Admettre le contraire reviendrait à violer le droit à l'anonymat reconnu par la loi à la mère ». Consacrant un droit à l'anonymat à la femme enceinte, la Cour d'appel fait ici primer la possibilité pour la femme de conserver *effectivement* son anonymat sur celle pour le géniteur d'établir un lien de filiation avec l'enfant²⁷¹¹. La Cour de cassation casse toutefois l'arrêt au nom de l'intérêt de l'enfant, sur le fondement de l'article 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Elle reconnaît le droit de l'enfant à connaître ses parents :

« Qu'en statuant ainsi, alors que, l'enfant ayant été identifié par M. X... à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'État, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus, le 26 avril 2001, consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel, la cour d'appel, qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré, a violé les textes susvisés »²⁷¹².

891. La Cour considère que, dans la mesure où le père avait procédé à une reconnaissance prénatale, le consentement donné à l'adoption n'est pas valide²⁷¹³. Confrontée à une situation délicate, puisqu'en l'espèce le géniteur de l'enfant souhaitait assumer son rôle de père, la Cour fait ainsi primer sa reconnaissance prénatale sur la liberté de la femme de garder le secret de son accouchement, limitant fortement les effets de l'accouchement sous X²⁷¹⁴. Sans méconnaître ici les difficultés engendrées par cette situation, force est néanmoins d'observer qu'il n'est pas question en l'espèce de toute-puissance maternelle ou d'un droit à ne pas être mère. Au contraire, en se fondant sur l'article 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour qualifie la gestatrice qui a accouché sous X, de « parent », comme si ce n'était pas le droit mais la nature - l'accouchement - qui attribuait un tel statut aux individus²⁷¹⁵.

892. Dans une seconde espèce, ce sont les grands-parents maternels qui souhaitent établir un lien juridique avec l'enfant déclaré pupille de l'État et adopté à la suite d'un accouchement sous X. Ils demandent tout d'abord l'annulation de l'arrêté du 14 août 2009 portant admission définitive de

²⁷¹¹ CA, Nancy, 23 février 2004, n° 40504. Voir notamment, POISSON-DROCOURT E., « Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption », *Dalloz*, 2004, p. 2249 ; SALVAGE-GEREST P., « Benjamin encore... Une indispensable mise au point », *AJ famille*, 2005, p. 18.

²⁷¹² CC, 1^{ère} chambre civile, 7 avril 2006 n° 0511285.

²⁷¹³ Revirement par rapport à CA Riom, 16 décembre 1997 ; Cour d'appel de Riom, 16 décembre 2003 ; Cour d'appel de Nancy, 23 février 2004, qui jugent la reconnaissance sans effet. Voir aussi, LEROYER A.M., « Réforme de la filiation », *RTD civ.*, 2005, p. 836 ; IACUB M., « Naître sous X », *Savoirs et clinique*, n° 4, 2004/1, p. 41

²⁷¹⁴ Voir notamment, MALLET-BRICOURT B., « Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *Dalloz*, 2006, p. 1177 ; NEIRINCK C., « Aide sociale à l'enfance, accouchement sous X, reconnaissance prénatale paternelle, Convention internationale des droits de l'enfant, droits du père biologique », *RDS.S*, 2006, p. 575.

²⁷¹⁵ Sur l'applicabilité de l'article 7 CIDE : REMY-CORLAY P., « Convention de New York. Applicabilité directe de l'article 7. Accouchement sous X et reconnaissance paternelle. Droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Impossibilité de l'adoption plénière sans l'accord paternel », *RTD civ.*, 2006, p. 273.

l'enfant en qualité de pupille de l'État. Le tribunal de grande instance d'Angers rejette leur demande, faute pour eux d'avoir qualité pour agir. Cependant, la Cour d'appel d'Angers fait droit à leur demande, considérant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'être confié à ses grands-parents, « à charge pour eux de requérir l'ouverture d'une tutelle »²⁷¹⁶. Le raisonnement du juge est ici particulièrement significatif de ce que la maternité n'est pas fondée sur un acte de volonté²⁷¹⁷.

893. Deux éléments méritent en particulier notre attention.

894. En premier lieu, le juge considère que

*« dans cette affaire, la réalité factuelle et la vérité biologique s'opposent à la logique juridique, laquelle conteste aux époux O leur qualité à agir, alors que personne ne conteste le lien de parenté, mis en évidence par l'expertise, qui les unit à Hélène. Le paradoxe se trouve amplifié dès lors que la mère, qui a désiré accoucher sous X et a réitéré à plusieurs reprises sa volonté de rester anonyme et d'abandonner sa fille, a tenu sa famille informée de sa grossesse et de son accouchement, et reçu les visites de ses frères et sœur à l'hôpital, a emmené sa mère au service de néonatalogie pour qu'elle puisse voir Hélène, née prématurée, elle s'est exprimée par voie de presse sur l'avenir qu'elle voulait pour cette enfant, refusant qu'elle soit recueillie par ses parents »*²⁷¹⁸.

895. À l'instar de la note d'information sur la loi du 26 juillet 2013²⁷¹⁹, la Cour d'appel juge ces faits ambigus et semble alors craindre que ce « *paradoxe* »²⁷²⁰ ne soit révélateur d'une incertitude de la femme quant à sa décision d'abandonner l'enfant²⁷²¹. Le juge semble chercher à protéger la femme contre une décision qu'elle pourrait regretter. Il lui oppose son comportement ambivalent pour procéder à un effacement de sa parole. Pourtant, elle avait accouché sous X et ne s'était pas rétractée pendant le délai de 2 mois que la loi lui accorde²⁷²².

896. Dans ce même sens, le juge considère en second lieu « qu'en choisissant d'accoucher sous X et d'abandonner sa fille, la mère a définitivement renoncé à assumer, à quelque titre que ce soit, la prise en charge

²⁷¹⁶ CA Angers, 26 janvier 2011, n° 1001339. Voir notamment, MOISDON-CHATAIGNER S., « L'avenir d'un enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS*, 2011, p. 329.

²⁷¹⁷ En ce sens, ROMAN D., « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », 2012, p. 750 : « En France, ce qui relève de la gestation et de la maternité peine à s'affirmer comme un droit subjectif, tant sont à l'œuvre des logiques d'ordre public qui tendent à brouiller le message d'un « droit procréatif » fondé sur une liberté de choix ».

²⁷¹⁸ CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01339.

²⁷¹⁹ Note d'information sur la loi du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État, ministère des Affaires sociales et de la Santé ; ministère délégué chargé de la famille et direction générale de la cohésion sociale, Assemblée des départements de France, 31 décembre 2013, p. 10 : « En cas de secret de l'identité demandé lors de l'accouchement, les membres de la famille de naissance ne pourront se manifester que s'ils ont été informés de la naissance de l'enfant directement par la femme » mais « dans ce cas, on peut considérer que la demande de secret s'avère ambivalente et sa portée de fait, amoindrie ».

²⁷²⁰ GRÜNDLER T., « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X », *op. cit.*

²⁷²¹ WEISS-GOUT B., « Une nouvelle étape dans les problématiques engendrées par le choix de l'accouchement sous X », *Gazette du Palais*, 17 mars 2011, n° 76, p. 9.

²⁷²² Article 348-3 alinéa 2 Code civil : « Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation ». Voir aussi, en ce sens, les informations données par le site service-public.fr qui indique que : « L'abandon de l'enfant reste provisoire pendant 2 mois après l'accouchement, délai accordé à la mère pour revenir sur sa décision et reconnaître l'enfant. Durant cette période, l'enfant n'est pas adoptable. Après ce délai de 2 mois, et si la mère n'est pas revenue sur sa décision de reprendre son enfant, celui-ci est admis comme pupille de l'État et peut alors être proposé à l'adoption ».

d'Hélène et à exercer une autorité parentale. Dès lors, il convient d'ignorer ses déclarations relatives à l'avenir d'Hélène, faites à la DSS ou par voie de presse, aux termes desquelles elle refusait que l'enfant soit élevée par ses parents »²⁷²³. Le juge dénie ainsi à la femme son autonomie décisionnelle. Pour justifier sa décision, il se fonde d'abord sur le respect du droit à la connaissance de ses origines par l'enfant. Il insiste sur le fait que

*« la question à trancher n'est pas de savoir si la volonté des grands-parents doit supplanter celle des parents et en l'espèce celle de la mère, puisque juridiquement ils n'existent pas, mais de rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il a été posé en principe par la Convention de New York du 20 novembre 1989. L'enfant bénéficie ainsi, aux termes de l'article 7-1 de la convention, de droits fondamentaux, à savoir le droit à un nom et celui de connaître ses parents et d'être élevé par eux [...] [et que] le droit de connaître son histoire et ses racines s'intègre donc dans les droits fondamentaux reconnus à l'enfant »*²⁷²⁴.

897. Il se fonde ensuite sur le respect de la vérité biologique : « L'intérêt d'Helena devant s'apprécier en considération des éléments de fait, sans pouvoir occulter la réalité biologique qui établit que les époux O étaient les grands-parents de l'enfant »²⁷²⁵. Sous couvert du respect des droits fondamentaux de l'enfant, le juge considère ainsi que « l'intérêt de l'enfant prime donc sur la faculté pour la mère de conserver son anonymat et par voie de conséquence sur son choix de couper l'enfant de sa famille »²⁷²⁶.

898. Ainsi, parce que la femme ayant accouché sous X - que le juge désigne significativement, comme, la « mère » de l'enfant²⁷²⁷ - a renoncé à ses droits parentaux, sa volonté de ne pas voir l'enfant rester dans sa famille n'est pas prise en compte par le juge. De manière quelque peu contradictoire, il lui oppose dès lors d'avoir accouché sous X pour ne pas garantir son anonymat. Cette contradiction peut alors être interprétée comme intrinsèquement liée à l'idée selon laquelle une femme ne peut pas renoncer à sa maternité²⁷²⁸. L'évolution de l'accouchement sous X s'inscrit en effet dans un mouvement plus général de « reflux des droits des femmes à mesure que l'intérêt de l'enfant pénètre la sphère juridique »²⁷²⁹ ; significative de ce que la maternité n'est pas perçue comme un choix pour les femmes en droit français²⁷³⁰. Ainsi,

²⁷²³ CA Angers, 26 janvier 2011, n° 1001339.

²⁷²⁴ *Ibid.*

²⁷²⁵ *Ibid.*

²⁷²⁶ *Ibid.*

²⁷²⁷ CA Angers, 26 janvier 2011, n° 1001339 : le juge utilise le mot « mère » pour parler de la femme qui a accouché sous X. En ce sens, ENSELLEM C., *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, *op. cit.*, p. 236 ; THERY I., LEROYER A.M., *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles*, *op. cit.*

²⁷²⁸ GRÜNDLER T., « Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X », *op. cit.*

²⁷²⁹ CATTO M.X., DUMORTIER T., GRÜNDLER T., « Les droits des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant », *Revue des droits de l'Homme*, n° 3, juin 2013.

²⁷³⁰ ROMAN D., « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », 2012, p. 750. Contra : ANDRÉ C., « La différence des sexes et l'établissement de la filiation en droit français : l'étude des filiations sexuellement exclusives », in BRUNETTI-PONS C., *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, *op. cit.*, p. 153.

« L'affaiblissement du mécanisme de l'accouchement sous X charrie tout de même avec lui les représentations liées à au caractère primordial du lien forgé entre la femme et l'enfant pendant la grossesse. Il conduit ainsi à valoriser le rôle de la gestatrice et à concevoir comme "indéfectible" le lien entre celle-ci et l'enfant. Cette valorisation de la maternité physiologique conduit de plus, en contrepartie, à déconsidérer le statut et rôle des parents adoptifs et notamment de la mère sociale, parce qu'ils ne seraient pas les vrais parents de l'enfant »²⁷³¹.

899. Malgré la récente introduction en droit allemand de l'accouchement anonyme, un tel constat s'impose également outre-Rhin.

b. En Allemagne

900. En 2013, le législateur allemand crée une procédure d'accouchement anonyme. Avant 2013, l'absence d'encadrement spécifique de cette question soulevait des difficultés. En effet, une femme qui souhaitait abandonner l'enfant après sa naissance ne disposait que de deux possibilités : l'accouchement anonyme (possible dans une centaine d'établissements) et les « boîtes à bébé »²⁷³² (qui sont des espaces ressemblant à un coffre-fort vitré permettant de laisser en toute discrétion et sécurité l'enfant)²⁷³³. Toutefois, en l'absence de cadre législatif clair et unifié, la femme et les organismes en charge des remises anonymes d'enfant s'exposaient en principe à des sanctions pénales. Le comportement de la femme pouvait être constitutif d'une falsification d'état civil par omission²⁷³⁴. En abandonnant l'enfant, la femme pouvait, de plus, porter atteinte aux articles 170 et 171 CP qui condamnent respectivement le manquement à ses obligations parentales d'entretien et de subsistance²⁷³⁵ et le manquement à l'assistance et à l'éducation²⁷³⁶ de l'enfant. La femme se rend également coupable d'abandon²⁷³⁷. Par ailleurs, ces pratiques ne sont aucunement unifiées et réglementées à l'échelle de l'Allemagne. Les offres proposées n'assurent pas nécessairement la protection de la santé de la mère et de l'enfant et il n'existe aucun suivi statistique. En 2009 et en 2011, le Conseil d'éthique allemand rend alors deux avis dans lesquels il invite notamment le législateur à intervenir²⁷³⁸.

²⁷³¹ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., 2018, p. 713 ; voir aussi, ENSELLEM C., *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, op. cit., p. 110.

²⁷³² « Babyklappen ».

²⁷³³ Elles sont souvent peintes en jaune, peuvent se trouver près des mairies, églises, centres hospitaliers ou dans des rues très passantes. Il y a souvent un lit auto-chauffant, une caméra et un signal d'alarme reliés à un centre de soin.

²⁷³⁴ §169 StGB et §13.

²⁷³⁵ « Unterhaltspflicht ».

²⁷³⁶ « Fürsorge- und Erziehungspflicht ».

²⁷³⁷ §221 StGB : « Aussetzung ».

²⁷³⁸ Deutscher Ethikrat, *Das Problem der anonymen Kindesabgabe*, 2009 ; Deutscher Ethikrat, *Babyklappen und sonstige Angebote zur anonymen Geburt*, 2011.

901. La loi relative au renforcement de l'aide aux femmes enceintes et à la réglementation de la naissance confidentielle entre en vigueur le 1^{er} mai 2014²⁷³⁹. La loi prévoit une procédure d'accouchement dans le secret²⁷⁴⁰. Une telle procédure suspend l'autorité parentale de la femme et supprime la nécessité du consentement maternel à la procédure d'adoption²⁷⁴¹. Toutefois, le droit allemand, à la différence du droit français, ne fait pas *comme si* la femme n'avait jamais accouché. Outre le fait que le personnel médical doit vérifier l'identité de la gestatrice à l'aide d'une pièce d'identité²⁷⁴², une fiction juridique similaire à celle créée par la France en 1993 est impossible en droit allemand. En effet, le §1591 du Code civil allemand dispose que « *la mère est la femme qui accouche* ». Il ne déclare pas, comme c'est le cas en France, que la mère est la femme dont le nom est inscrit dans le certificat de naissance²⁷⁴³. Or, s'il est possible de n'inscrire aucun nom dans le certificat, comme en France, il n'est pas possible - sauf à procéder à une interruption tardive de grossesse - d'empêcher l'accouchement. Dans un système juridique qui naturalise le lien de filiation et sacralise en particulier le lien maternel, une telle fiction est ainsi impossible. Ainsi, même si la femme ne peut pas exercer ses prérogatives parentales²⁷⁴⁴ et que son statut de mère n'est donc qu'une coquille vide, elle reste la mère juridique de l'enfant jusqu'au jugement d'adoption. La loi allemande de 2013 ne consacre ainsi pas un droit à ne pas être mère. Le droit n'admet pas qu'une femme qui a accouché puisse ne pas être la mère de l'enfant, comme si une femme normale *devait* nécessairement accepter d'être mère, comme si le *bon* comportement procréatif a adopté n'était

²⁷³⁹ Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt - Loi d'aide aux femmes enceintes et réglementation l'accouchement anonyme, 28 août 2013.

²⁷⁴⁰ La procédure est la suivante : si la femme se décide pour un tel accouchement, elle doit choisir un prénom et un nom de famille qui lui serviront de pseudonyme pendant le reste de la procédure, et un ou plusieurs prénoms féminins et masculins pour l'enfant. Le centre de consultation doit garder une trace des origines de l'enfant. Pour cela, il prend note du prénom, nom, date de naissance, et adresse de la femme enceinte. Il vérifie ces informations à l'aide d'une pièce d'identité valable que doit présenter la femme. En précisant bien qu'il s'agit d'un accouchement confidentiel, le centre inscrit la femme - sous son pseudonyme - dans une maternité ou auprès d'une personne compétente pour procéder à un accouchement à domicile. La femme peut choisir librement cet établissement ou cette personne. Le centre de consultation communique à la maternité les propositions de prénom, et le nom du *Land* dans lequel vit la femme (nécessaire pour les procédures de prise en charge des frais). Parallèlement, le centre de consultation communique au service de l'aide sociale à l'enfance et à la jeunesse compétent (c'est-à-dire celui du lieu de naissance de l'enfant) le pseudonyme de la femme, la date prévue de la naissance, le nom de l'établissement (ou de la personne chargée de l'accouchement à domicile) dans lequel la femme est inscrite pour accoucher. Immédiatement après la naissance, le directeur/la directrice de l'établissement dans lequel la femme a accouché doit communiquer au centre de consultation la date et le lieu de naissance de l'enfant. Les services d'état civil communiquent à l'office fédéral pour la famille et les affaires civiles et sociales (OFFAC, *Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben*) le prénom acté de l'enfant ainsi que le pseudonyme de la mère. Les messages supplémentaires éventuellement laissés par la mère à l'enfant seront transmis par le centre de consultation aux services d'adoption et déposés dans le dossier de l'enfant. Pour les enfants non adoptés, les messages sont transmis à l'OFFAC. Le directeur/la directrice d'un établissement qui accepte une femme enceinte refusant de déclarer son identité, doit prévenir au plus vite un centre de consultation. Le centre, une fois informé, s'assure que l'on propose à la femme une consultation relative à l'accouchement confidentiel.

²⁷⁴¹ La femme peut cependant la récupérer si un juge constate qu'elle a fait les démarches nécessaires à l'inscription de l'enfant au registre des naissances. Si le juge a des doutes concernant la maternité de la mère, il se doit de procéder à des investigations. La preuve de la maternité est en général possible par une simple attestation de la conseillère du centre de consultation ou d'une personne présente lors de l'accouchement.

²⁷⁴² Article 26 alinéa 2 de la SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse (version de 2013).

²⁷⁴³ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁷⁴⁴ §1675 BGB : « *Dès lors que l'autorité parentale est suspendue, le parent n'est pas autorisé à l'exercer* ».

précisément pas d'accoucher sous X. La loi de 2013 ne saurait donc être interprétée comme la preuve d'une dénaturalisation de la maternité. Elle soutient toujours une normalisation et une naturalisation de la maternité qui visent à inciter les femmes à devenir mères et à fonder la maternité sur un fait naturel.

902. Deux séries d'observations peuvent être formulées en ce sens.

903. Tout d'abord, comme en matière d'IVG, la loi impose une consultation psycho-sociale, dont la finalité semble en partie dissuasive. À première vue, il est vrai que l'entretien, pensé comme la clé de voûte du système, doit en principe servir la conciliation juste et équilibrée des droits fondamentaux concernés : d'un côté le droit à l'autodétermination de la femme, de l'autre le droit à la connaissance de ses origines de l'enfant. Comme en matière d'IVG, un tel entretien peut notamment chercher à garantir une prise de décision libre, sans contrainte extérieure. Cependant, l'existence d'une telle consultation indique aussi que la femme est considérée comme ne pouvant pas (*de facto et de jure*) prendre seule une telle décision²⁷⁴⁵. Cela est d'autant plus manifeste que la consultation poursuit une finalité dissuasive. Même si les motifs de la loi précisent « *qu'un entretien [expressément dissuasif] doit être proscrit [car] il convient au contraire de permettre à la femme de prendre une décision autonome [...] [et] qu'elle est [donc] exemptée de toute obligation de se justifier* »²⁷⁴⁶, les dispositions spécifiquement relatives à l'entretien²⁷⁴⁷ dans la loi énoncent que « *ce dernier doit présenter à la femme les voies disponibles [...] pour une vie avec l'enfant* »²⁷⁴⁸. De plus, les motifs du projet de loi précisent que « *l'entretien relatif à l'accouchement confidentiel n'a lieu qu'une fois que les différentes autres alternatives ont été épuisées car le procédé porte atteinte aux droits de l'enfant* »²⁷⁴⁹. Or, cette exigence de subsidiarité hiérarchise les intérêts en cause en faveur des droits de l'enfant. Plus encore, si la femme se décide malgré tout

²⁷⁴⁵ SAMERSKI S., « Entmündige Selbstbestimmung », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I. (dir.), *Verkörperte Technik - Entkörperte Frau- Biopolitik und Geschlecht, Politik der Geschlechterverhältnisse*, op. cit., p. 223.

²⁷⁴⁶ Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt, Drucksache 17/12814, 19 mars 2013, p. 17.

²⁷⁴⁷ Selon l'article 7 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse (version de 2013) : « *Le but premier de l'entretien relatif à un accouchement confidentiel est de permettre à la femme enceinte un accouchement médicalement supervisé. Il aborde principalement le déroulement de la procédure et les conséquences juridiques de cet accouchement, les droits de l'enfant et la signification pour son développement de la connaissance de ses origines maternelles et paternelles, les droits du père (sic.), le déroulement habituel d'une procédure d'adoption et de ses conséquences, et la manière dont la femme peut faire valoir ses droits après une telle procédure* ». La disposition précise ensuite que « *l'entretien doit encourager la femme à laisser à l'enfant le plus d'informations possible concernant ses origines et les raisons qui ont guidé un accouchement anonyme* ». Le nouvel article 33 SchKG impose aux centres de consultation de tenir une documentation précise. Il doit prendre en note sous le pseudonyme de la mère chaque entretien. Il doit établir un rapport annuel sur la base de la documentation rédigée après chaque entretien et le remettre aux autorités compétentes du Land (c'est-à-dire à l'OFFAC). Afin d'assurer une harmonisation nationale sur cette question. Si la femme refuse, l'enfant ne naîtra pas dans le cadre de la procédure officielle d'accouchement confidentiel. Les conséquences juridiques qui y sont rattachées n'en découleront donc pas (prise en charge des frais²⁷⁴⁷, dispense de l'obligation d'enregistrement, etc.) et les différents acteurs concernés se retrouveront dans la même situation que celle préexistante à l'entrée en vigueur de la loi.

²⁷⁴⁸ Article 6 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse (version de 2013).

²⁷⁴⁹ Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt, Drucksache 17/12814, 19 mars 2013.

pour l'anonymat, l'entretien doit alors l'encourager à laisser des informations identifiantes à l'enfant²⁷⁵⁰.

904. En effet, c'est surtout le droit à la connaissance de ses origines que la loi cherche à protéger. Ce droit a été consacré en Allemagne dans un arrêt du 31 janvier 1989²⁷⁵¹ de la Cour constitutionnelle allemande sur les fondements de l'article 2 alinéa 1 LF relatif au libre épanouissement de la personnalité et de l'article 1 alinéa 1 LF relatif à la dignité²⁷⁵². Elle le réaffirme en 1994²⁷⁵³ estimant que le délai de forclusion imposé à l'enfant majeur pour contester sa filiation paternelle, au nom du principe de sécurité juridique, viole le droit à la connaissance de ses origines²⁷⁵⁴. La loi de 2013 sur l'accouchement dans le secret réglemente en détail la question de l'accès de l'enfant aux informations identifiant sa « mère »²⁷⁵⁵. Dès 16 ans, l'enfant a le droit d'accéder aux informations relatives à ses origines maternelles. Si la femme s'oppose à sa requête et à la levée de l'anonymat, l'enfant peut saisir le juge. La femme choisit un tiers qui la représentera et fera valoir ses droits lors d'une éventuelle procédure judiciaire devant le juge des affaires familiales (JAF)²⁷⁵⁶. Le juge procède alors à une conciliation entre les intérêts en cause et évalue si les intérêts de la femme à conserver son anonymat l'emportent encore sur la réalisation pour l'enfant de son droit à la connaissance de ses origines. Si tel n'est pas le cas, le juge peut prononcer la levée de l'anonymat. Le dispositif peut, dès lors, davantage être vu comme servant à garantir, temporairement, l'anonymat d'une femme en situation de détresse²⁷⁵⁷ qu'à consacrer un droit à ne pas être mère. À la différence du droit français, le simple fait pour la femme de ne pas vouloir révéler son identité ne suffit pas à lui garantir l'anonymat. Il est vrai que la procédure rompt,

²⁷⁵⁰ Article 6 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse (version de 2013) : « *L'entretien doit encourager la femme à laisser à l'enfant le plus d'informations possible concernant ses origines et les raisons qui ont guidé un accouchement anonyme* »

²⁷⁵¹ BVerfG, 25 octobre 1988 - BVerfGE 79, 256.

²⁷⁵² En l'espèce, une jeune fille souhaite contester la paternité du mari de sa mère alors que les conditions du §1596 du Code civil relatif au désaveu de paternité ne sont pas remplies. Le juge constitutionnel estime qu'en limitant à l'excès les possibilités ouvertes à un enfant de contester son lien de filiation avec son père, le législateur ne concilie pas de manière équilibrée le droit à la connaissance de ses origines et la protection de la famille et du couple découlant de l'article 6 de la LF.

²⁷⁵³ BVerfG, 26 avril 1994 - BVerfGE 90, 263, §24.

²⁷⁵⁴ FURKEL F., « Le droit à la connaissance de ses origines en RFA », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 49, 1997 ; FRANK R., « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et en droit français de la famille », *RIDC*, 1993, p. 635.

²⁷⁵⁵ Si le centre devait « échouer » dans sa mission et que la femme refusait à l'enfant d'accéder à ses origines à compter de ses 15 ans, c'est alors l'autorité judiciaire qui interviendrait pour mettre en balance les droits fondamentaux de l'enfant et de la mère. L'intervention du juge permet de garantir une conciliation juste des droits en présence et dès lors de minimiser les risques relatifs à l'inconstitutionnalité du texte.

²⁷⁵⁶ Si l'OFFAC bloque - à la suite de la décision de refus de la femme - l'accès de l'enfant à son dossier, ce dernier peut saisir le JAF qui devra alors décider si les intérêts de la mère à conserver son anonymat sont supérieurs à ceux de l'enfant à la connaissance de ses origines. Les dispositions de droit commun sont applicables à la procédure. Les différentes parties sont l'enfant, l'OFFAC et le/la représentant.e de la mère. Le juge peut demander à auditionner en privé personnellement la mère. Afin de respecter le principe du contradictoire, il doit communiquer aux parties une copie anonyme du protocole d'audition.

²⁷⁵⁷ Si la demande de l'enfant est rejetée, celui-ci pourra après un délai écoulé de 3 ans, déposer une nouvelle demande auprès du JAF. Cette possibilité offerte à l'enfant est justifiée par le fait que la conciliation entre les droits fondamentaux est toujours très dépendante du contexte dans lequel elle a lieu. Le juge peut ainsi considérer ultérieurement que la femme n'a plus d'intérêt à conserver son anonymat.

malgré tout, en partie avec la conception *jus* naturaliste du droit de la filiation incarnée par l'article 6 alinéa 2 de la Loi fondamentale qui consacre un « *droit naturel des parents à s'occuper de leur enfant* ». Cette conception est également soutenue par certains auteurs qui considèrent que le « *rapport parents/enfants est un lien à vie, fondé sur la nature et indissoluble. Il n'est pas créé par l'État ou par la loi mais est simplement découvert par eux* »²⁷⁵⁸. Toutefois, l'anonymat n'est réellement garanti que pendant 16 ans. Par la suite, le recours au juge peut conduire à la levée du secret. Le mécanisme allemand accorde certes aux femmes la possibilité d'une renonciation (provisoire) à la maternité mais garantit également l'effectivité du droit à la connaissance de ses origines²⁷⁵⁹.

905. Ainsi, en Allemagne, l'idée selon laquelle une femme pourrait ne pas vouloir être la mère de l'enfant qu'elle a porté reste, malgré tout, étrangère au droit positif qui tend à faire primer une conception physiologique de la maternité. En France, historiquement, des considérations sanitaires conduisent progressivement l'ordre juridique à produire une véritable *fiction* juridique. Elle permet, dans certains cas, de nier l'existence même d'un accouchement²⁷⁶⁰. Cependant, le paradigme du droit à la connaissance de ses origines affaiblit aujourd'hui l'efficacité de ce mécanisme. Le droit admet difficilement que les femmes (enceintes) puissent renoncer à devenir mères encourageant l'idée selon laquelle le *bon* comportement procréatif féminin est celui qui aboutit à la maternité.

906. Il convient de souligner qu'il reste difficile d'appréhender l'accouchement sous X, comme un acte de toute-puissance maternelle ou sous l'angle d'une inégalité de traitement entre les hommes et les femmes²⁷⁶¹. Sur le plan formel, le Code civil français prévoit aussi bien une action en établissement de la filiation paternelle et maternelle²⁷⁶². De plus, s'il est certain que le géniteur d'un enfant peut se voir contraindre à devenir père par le biais d'une action judiciaire en reconnaissance de paternité²⁷⁶³, l'établissement de la filiation nécessite précisément une *action* de la part de l'enfant²⁷⁶⁴. Or une telle action qui suppose de saisir un juge, ce qui est somme toute assez contraignant. En son absence, le géniteur d'un enfant ne devient pas *de facto* son père. Certes, contrairement à un accouchement, la contribution biologique d'un homme à l'engendrement d'un

²⁷⁵⁸ WOLF A., « Über die Konsequenzen aus den gescheiterten Versuchen, Babyklappe und anonyme Geburten durch Gesetz zu legalisieren », *Familien, Partnerschaft, Recht, Zeitschrift für die Anwaltspraxis, Interdisziplinäres Fachjournal*, 2003, p. 112.

²⁷⁵⁹ BR, 912^{ème} séance, 5 juillet 2013, Angela Kolb, p. 424 : « *Évidemment, le droit à la connaissance de ses origines est incontestablement important, et seul l'accouchement anonyme peut protéger ce droit* ».

²⁷⁶⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁷⁶¹ En ce sens, voir HAUSER J., « La mort civile de l'enfant », *RTDciv.*, 1998, p. 891 ; HAUSER J., « Accouchement anonyme et paternité », *RTDciv.*, 2004, p. 275 ; HAUSER J., « Les parents sont égaux mais l'un serait plus égal que l'autre ! Une paternité au prix de la course ? », *RTDciv.*, 2010, p. 773 ; HAUSER J., « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis », *RTDciv.*, 2010, p. 540 ; AUBIN S., « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 2003, n° 57, p. 6 ; MALLET-BRICOURT B., « Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *Dalloz*, 2006, p. 1177.

²⁷⁶² Article 325 du Code civil.

²⁷⁶³ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²⁷⁶⁴ Article 327 Code civil ; §1600d BGB.

enfant est plus difficile à établir puisqu'elle suppose la réalisation de tests génétiques. Toujours est-il que les femmes enceintes sont, *par principe*, automatiquement liées à l'enfant et ne peuvent que *par exception* (*via* l'accouchement sous X) ne pas devenir mères, tandis que les géniteurs ne sont, *par principe*, pas automatiquement liés à l'enfant et ne peuvent que *par exception* (*via* l'action en recherche de paternité) être contraints à devenir pères. Ces différences expliquent, entre autres²⁷⁶⁵, que seules les femmes aient eu un temps la possibilité de ne pas être *automatiquement* liées à l'enfant qu'elles ont porté. Dans la mesure où cette possibilité existe pour les hommes qui, en dehors de la présomption de paternité, ne sont pas *automatiquement* liés à l'enfant, il apparaît difficile de percevoir l'accouchement sous X comme une inégalité de traitement entre les sexes²⁷⁶⁶. En mariage, ils peuvent contester le jeu de la présomption de paternité²⁷⁶⁷ et doivent, dans les autres cas de figure, être attirés en justice pour voir leur paternité reconnue contre leur gré.

907. Le droit n'appréhende dès lors pas exactement de la même manière le renoncement à la maternité et à la paternité. Au-delà de la question de l'accouchement sous X, l'analyse de l'encadrement juridique de l'IVG confirme que le droit de la procréation reste articulé autour d'une conception naturalisée de la maternité.

B. Les résistances à la consécration de l'IVG comme droit individuel

908. La libéralisation de la contraception et de l'avortement s'est notamment faite grâce à la mise en place d'un nouveau mode de gestion biopolitique des comportements procréatifs fondé sur la *médicalisation* et la *responsabilisation*. Ces processus permettent, on l'a vu, une forme de *surveillance* des pratiques contraceptives et abortives²⁷⁶⁸. Or, cette nouvelle forme de régulation - non plus fondée sur la *sanction* mais de nouvelles techniques sociales de contrôle - produit des effets de genre. L'encadrement actuel de l'IVG soumet en effet sa réalisation à un certain nombre de conditions qui ne permettent pas aux femmes de disposer pleinement de leurs corps. Cet encadrement les contraint même, dans certains cas, à devoir porter un enfant qu'elles n'ont pas désiré. L'analyse de cet encadrement met en lumière la pertinence de processus de normalisation des comportements procréatifs féminins ; ceux-ci étant toujours *orientés* par le droit dans le sens de l'enfantement (1). Le droit ne considère pas le refus de maternité comme un droit, ce dernier refusant notamment d'indemniser le préjudice résultant de la non-réalisation fautive d'une IVG (2).

²⁷⁶⁵ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) : des considérations sanitaires expliquent également l'instauration historique de l'accouchement sous X.

²⁷⁶⁶ Voir note n° 490.

²⁷⁶⁷ Article 313 du Code civil.

²⁷⁶⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

1. La médicalisation comme mode de contrôle des comportements procréatifs féminins

909. Même si le régime de l'IVG a été très largement libéralisé, particulièrement en France²⁷⁶⁹, les droits français et allemand ne consacrent aucun *droit à l'avortement*²⁷⁷⁰. Plus encore, « *les femmes ne sont pas totalement considérées comme libres de mettre fin à leurs grossesses* »²⁷⁷¹ ce qui met la lumière une normalisation toujours latente des comportements procréatifs féminins. Celle-ci est fondée en partie sur l'idée selon laquelle la grossesse, puis la maternité, seraient des destins naturels qu'elles doivent accepter (1). Lorsqu'elles sont autorisées à interrompre leur grossesse, elles portent, d'ailleurs, seules le poids de cette responsabilité procréative (2).

a. Les conditions de l'IVG comme limites à la liberté procréative négative

910. Malgré l'évolution notable de l'encadrement juridique de l'IVG en France, deux éléments permettent néanmoins de *révéler* la persistance de mécanismes de normalisation de la maternité en droit : la persistance d'un délai d'IVG et la dramatisation de cet acte par le discours juridique.

911. En ce qui concerne la première condition, on peut observer que l'existence même d'un délai d'IVG n'est que peu interrogée²⁷⁷². Elle n'a jamais été remise en cause que ce soit par le législateur français ou allemand. Trois séries d'arguments pourraient en théorie expliquer cette absence de questionnement. En premier lieu, elle pourrait s'expliquer par la protection de la vie anténatale, particulièrement centrale en droit allemand. On sait cependant que le droit de l'avortement ne tend pas à protéger la *vie nue*. Il autorise d'ailleurs sans délai la pratique des interruptions *médicales* de grossesse « *s'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* »²⁷⁷³ en France, et pour indication embryonnaire ou médicale²⁷⁷⁴, en Allemagne. La protection de la vie nue ne peut dès lors pas expliquer à elle seule la pérennité d'un délai d'IVG. En second lieu, l'existence de cette condition de délai pourrait s'expliquer par des arguments sanitaires en lien avec la protection de la santé des femmes²⁷⁷⁵.

²⁷⁶⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²⁷⁷⁰ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²⁷⁷¹ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 83.

²⁷⁷² Elle l'est malgré tout parfois : voir notamment, CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 83.

²⁷⁷³ Article L2313-1 CSP.

²⁷⁷⁴ C'est au regard de l'état psychologique de la femme enceinte que le médecin évalue la gravité de l'anomalie embryonnaire - cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

²⁷⁷⁵ En ce sens, BINET J.R., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 162 : « *Ce sont principalement des raisons médicales qui fondent l'existence de ce délai* ».

Cependant, dans la mesure où il est quatorze fois moins dangereux d'avorter que d'accoucher²⁷⁷⁶, cet argument est largement inopérant. En troisième lieu, elle pourrait s'expliquer par une volonté politique de lutter contre des dérives eugéniques. Cependant, non seulement le droit français ne qualifie d'eugénisme (pénalement répréhensible) que « *l'organisation de la sélection des personnes* » et non les pratiques relevant de l'orthogénie, mais, on le verra, dans les deux pays, « *l'organisation actuelle de l'IMG relève [déjà] d'une forme d'eugénisme pour lequel la qualification criminelle est empêchée par la place accordée à la volonté des personnes* »²⁷⁷⁷. Il semble dès lors que, comme le souligne Lisa CARAYON, la persistance d'un délai d'IVG s'explique avant tout par « *l'abnégation qui est exigée des femmes en matière de reproduction* »²⁷⁷⁸. En dehors des demandes jugées acceptables, c'est-à-dire des demandes d'IMG validées par le corps médical²⁷⁷⁹ et des demandes d'IVG dans un délai de 12 semaines, une forme d'abnégation est attendue des femmes²⁷⁸⁰. Pourtant, on l'a déjà souligné, « *aucune autre règle n'impose à une personne d'engager son propre corps en raison du respect de la vie d'un tiers* » : « *C'est pourtant, ce que fait le droit en forçant l'abnégation des femmes face à la vie qu'elles portent en faisant prévaloir contre leurs intérêts subjectifs des intérêts concurrents* »²⁷⁸¹.

912. En ce qui concerne la seconde condition, même si le droit français a récemment supprimé la condition de détresse du Code de santé publique, celui-ci tend toujours à appréhender l'avortement comme un drame. Ainsi, il considère toujours qu'« *il ne saurait être porté atteinte au principe [de protection de la vie] qu'en cas de nécessité* »²⁷⁸². En se référant à la nécessité, il assimile l'avortement à la « *situation dans laquelle une personne est contrainte de commettre un acte [illégal] [...] pour sauvegarder ses intérêts* »²⁷⁸³. Cette disposition sous-entend alors que l'IVG est « *un acte moralement répréhensible* ». Cette idée est également encouragée par la persistance en droit français d'une clause de conscience spécifique à la pratique des IVG²⁷⁸⁴. En effet, alors même que le droit accorde, de

²⁷⁷⁶ OMS, *Unsafe abortion : Global and regional estimates of incidence of and mortality due to unsafe abortion with a listing of available country data*, Genève, 1998, p. 4 cité par PHETERSON G., « Grossesse et prostitution. Les femmes sous la tutelle de l'État », *Raisons politiques*, 2003/3, n° 11, p. 110.

²⁷⁷⁷ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 83.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁷⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

²⁷⁸⁰ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 83 : « Un renoncement à ce qui est, pour les personnes subjectivement, essentiel au profit d'un impératif jugé supérieur ».

²⁷⁸¹ *Ibid.*

²⁷⁸² Article L2211-2 CSP.

²⁷⁸³ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 83.

²⁷⁸⁴ Article L2212-8 CSP : « Un médecin ou une sage-femme n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens ou de sages-femmes susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L2212-2 ».

toute manière, aux médecins la possibilité de refuser d'exercer un soin²⁷⁸⁵ (hors urgence vitale), le législateur estime nécessaire d'ajouter, en matière d'avortement, une nouvelle clause de conscience. Un tel ajout tend alors à souligner le caractère particulièrement problématique d'une interruption de grossesse²⁷⁸⁶. Preuve de son caractère moralement condamnable, l'article L2214-2 CSP dispose qu'« en aucun cas l'interruption volontaire de la grossesse ne doit constituer un moyen de régulation des naissances »²⁷⁸⁷. En France, ces différentes dispositions tendent ainsi à encourager « la représentation de l'IVG comme un acte négatif ». Cela indique que, contrairement à ce qu'affirment de nombreux auteurs²⁷⁸⁸, l'IVG n'est pas pensée comme une manifestation du droit à disposer de son corps qui permet de renoncer à la maternité, mais comme une concession²⁷⁸⁹. Ces dispositions renforcent l'idée selon laquelle l'avortement est le signe d'une gestion irresponsable de la contraception : un échec ; ce qui stigmatise alors les comportements procréatifs des femmes qui interrompent leur grossesse²⁷⁹⁰. Cette dramatisation se retrouve évidemment en Allemagne où l'acte reste encore par principe pénalisé.

913. Ainsi, à partir du moment où la femme enceinte a dépassé le délai d'IVG de 12 semaines, elle devra, en France comme en Allemagne, mener à terme sa grossesse et, hors cas exceptionnels²⁷⁹¹, devenir la mère de cet enfant. Mais, même lorsqu'elle respecte les conditions fixées par la loi et peut interrompre sa grossesse, la manière dont le droit administre le parcours d'IVG met en lumière des effets de genre.

b. Les effets de genre induits par la médicalisation

914. Le parcours d'IVG produit des effets de genre car il est sous-tendu par des mécanismes de normalisation des comportements procréatifs qui ne jouent pas de la même manière envers les femmes et les hommes. En effet, les mécanismes de médicalisation et de responsabilisation - préalablement présentés comme neutres du point de vue du genre - ne le sont pas : Ce sont uniquement les comportements procréatifs féminins qui sont médicalement ou socialement surveillés. Seules ces dernières devront justifier de cet acte abortif. Partant, ces mécanismes

²⁷⁸⁵ Article R4127-47 CSP : « Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles ».

²⁷⁸⁶ Sur cette question, et en ce sens, voir notamment, GRÜNDLER T., « La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ? », *Droit et cultures*, 74, 2017/2.

²⁷⁸⁷ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 83.

²⁷⁸⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁷⁸⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²⁷⁹⁰ MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *Politix*, 2014/3, n° 107, p. 49.

²⁷⁹¹ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

peuvent être lus comme encourageant une répartition sexuée des responsabilités procréatives. Ils encouragent aussi l'idée selon laquelle la procréation serait une question strictement féminine.

915. Pour comprendre la manière dont l'encadrement juridique encourage cette répartition, il importe tout d'abord de souligner qu'au moment de la légalisation des contraceptifs modernes, les mouvements féministes cherchent précisément à faire de la contraception une question féminine. L'objectif est de permettre aux femmes de se réapproprier leurs capacités reproductives²⁷⁹². Cette revendication politique corrobore la manière dont la médecine a jusqu'alors abordé les questions procréatives : sous un angle exclusivement féminin²⁷⁹³. À partir des années 1950, les méthodes de contraception développées sont exclusivement féminines. La définition même de la contraception renvoie donc dès le début à une répartition sexuée des responsabilités procréatives, les femmes étant désignées comme les actrices principales de la contraception²⁷⁹⁴. Cela renforce alors l'idée selon laquelle elles seraient *naturellement* plus intéressées que les hommes par leur fécondité, car *naturellement* plus animées par un désir d'enfant²⁷⁹⁵. Cette construction historique de la question comme relevant exclusivement des femmes est ensuite entérinée par le droit.

916. Tout d'abord, les processus *responsabilisation* reposent sur une forte valorisation, voire sacralisation, de la grossesse et l'enfantement. En 1974, Simone VEIL considérait notamment que « *rare sont les femmes qui ne désirent pas d'enfant ; la maternité fait partie de l'accomplissement de leur vie et celles qui n'ont pas connu ce bonheur en souffrent profondément* »²⁷⁹⁶ et nombre de parlementaires insistaient sur la « *naturalité du désir maternité* »²⁷⁹⁷. Lors des débats parlementaires de 2000 relatifs à la libéralisation de la contraception d'urgence, les députés français considèrent ainsi que l'enfantement est « *le moment le plus important de la vie d'une femme [qu'] il doit le rester et le devenir pour toutes* »²⁷⁹⁸. La *responsabilisation* ne cherche ainsi pas à déconstruire l'obligation sociale - jugée naturelle²⁷⁹⁹ - qui pèserait sur les femmes d'avoir des enfants.

²⁷⁹² AVON B., « Contraception 40 ans de pratique question pour aujourd'hui », *Laennec* 2007/2, tome 55, p.32.

²⁷⁹³ VENTOLA C., « Prescrire un contraceptif : le rôle de l'institution médicale dans la construction de catégories sexuées », *op. cit.*, §1.

²⁷⁹⁴ BAJOS N., FERRAND M., « Contraception et rapports sociaux de sexe », in HAUDIQUET V, SURDUTS M., TENENBAUM N., *Une conquête inachevée : le droit des femmes à disposer de leur corps*, Paris, Syllepses, 2008, p. 20.

²⁷⁹⁵ En ce sens, CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 467.

²⁷⁹⁶ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 7001.

²⁷⁹⁷ AN, séance 2 du 27 novembre 1974, Jacqueline Chonavel, p. 7110 : « *Et que l'on ne me parle pas de « facilité », de « convenances personnelles » : chez les femmes, le sentiment maternel est très fort et elles sont prêtes à tous les sacrifices pour leurs enfants, pour leur famille* » ; Sénat, 13 décembre 1974 Marcel Brégégère, p. 2890 : « *On ne l'a jamais assez dit et l'on s'est condamné ainsi à ne pas comprendre les réactions de la femme dont l'instinct maternel ne saurait être mis en doute* ».

²⁷⁹⁸ Sénat 30 octobre 2000, Dominique Gillot.

²⁷⁹⁹ En ce sens, François Mitterrand : « *Il faut faire confiance aux femmes* » ; il est impossible de croire « *qu'une jeune femme n'a pas pour objectif essentiel, pour son épanouissement personnel, d'avoir des enfants* » - propos cités par PAVARD B., *Si je veux, quand je veux dans la société française (1956 - 1979)*, *op. cit.*, p. 73. Dans le même sens, Sénat, 5 décembre 1967, Georges Portmann, p. 203.

917. Par ailleurs, les règles qui encadrent le parcours d'IVG viennent à l'appui de cette répartition genrée des responsabilités procréatives²⁸⁰⁰. Par exemple, l'article L2212-4 CSP dispose qu'*« il est systématiquement proposé, avant et après l'interruption volontaire de grossesse, à la femme majeure une consultation avec une personne ayant satisfait à une formation qualifiante en conseil conjugal ou toute autre personne qualifiée »*. Ainsi, l'entretien psycho-social - obligatoire avant 2001 et facultatif depuis pour les femmes majeures - n'est proposé qu'aux femmes dans le cadre du parcours d'IVG. Il est certes précisé à la fin de l'article qu'*« à chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre »* mais cette précision n'apparaît qu'au dernier alinéa. Cette possibilité n'est présentée que comme incidente. Il n'est certainement, ni possible, ni souhaitable d'imposer à l'homme d'assister à une telle consultation. Son absence permet notamment de s'assurer que la décision d'IVG de la femme est libre et qu'elle n'a subi aucune pression de la part de son compagnon. Il n'empêche que la formulation de cet article tend malgré tout à faire peser sur les femmes - et sur les femmes uniquement - le poids de l'échec contraceptif que représente l'IVG. Or il ne nous semble pas qu'il n'ait jamais été question de prévoir, en parallèle de celle proposée à la femme, une offre de consultation pour les hommes. De manière encore plus visible, l'article L2212-9 CSP dispose que *« tout établissement dans lequel est pratiquée une interruption de grossesse doit assurer, après l'intervention, l'information de la femme en matière de régulation des naissances »*. Il ne concerne explicitement que les femmes. Il n'est même pas précisé ici que, dans la mesure du possible, l'homme participera à cette consultation. Ainsi, le parcours d'IVG - dont il a été montré qu'il poursuivait une fonction *éducative* - tend avant tout à surveiller les femmes et leurs comportements procréatifs. Simone VEIL ne déclarait-elle d'ailleurs pas en 1975 qu'il avait avant tout pour but *« de contrôler et autant que possible de dissuader les femmes »*²⁸⁰¹ ?

918. En droit allemand, le §219 du Code pénal allemand sur l'entretien psycho-social ne vise lui aussi expressément que la femme enceinte. Par ailleurs, il précise que *« l'ordre juridique n'autorise des avortements que dans des cas exceptionnels, lorsque la femme subit à cause de la grossesse une charge tellement lourde et inhabituelle qu'elle dépasse le seuil de tolérance acceptable »*. Doit-on alors comprendre, *a contrario*, qu'il est de toute manière attendu des femmes qu'elles acceptent la charge lourde et habituelle que représente la maternité mais que seule une charge *anormalement* lourde justifie l'avortement ? La formulation tend quelque peu à suggérer que la maternité représente pour les femmes une charge qu'elle devrait *normalement* accepter.

²⁸⁰⁰ En ce qui concerne la contraception, voir aussi FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine, op. cit.*, p. 24.

²⁸⁰¹ AN, séance 1 du 26 novembre 1974, Simone Veil, p. 6999.

919. Ainsi, ce parcours d'IVG, « *promu comme phase de vérification de leur observance contraceptive* », joue ainsi - et avant tout - comme « *un levier de normalisation des comportements* »²⁸⁰² féminins. Les différents obstacles qui persistent à la pleine et entière libéralisation de l'IVG tendent toujours à la stigmatiser. Cela freine la pleine réalisation par les femmes de leur autonomie procréative, incitée, de manière diffuse et latente, à bien réfléchir avant d'envisager une éventuelle interruption de grossesse. Cela tend alors à renforcer l'idée selon laquelle, vouloir avorter n'est pas une décision *normale* pour une femme, tout en laissant les hommes - pourtant également responsables de ces échecs contraceptifs - hors de portée de ces mécanismes de stigmatisation. Fût-ce de manière indirecte, le nouveau mode de régulation des comportements contraceptifs et abortifs ne tend dès lors pas à supprimer complètement l'assignation des femmes à la procréation. Cette hypothèse est corroborée par l'existence, depuis le début du 20^{ème} siècle, par le discours judiciaire qui refuse l'indemnisation de l'échec d'IVG car la naissance d'un enfant ne saurait être appréhendée comme un préjudice pour sa mère.

2. La non-indemnisation des échecs d'IVG

920. En France, le juge refuse dans les années 1990 d'indemniser le préjudice résultant de la naissance de l'enfant. Son raisonnement tend à encourager l'idée selon laquelle la maternité ne saurait être un événement négatif pour les femmes (a). En revanche, en Allemagne, le contentieux relatif aux échecs d'IVG n'encourage pas spécifiquement une représentation juridique de la femme comme *naturellement* heureuse d'être mère. Il refuse toutefois, à l'instar du juge français, de reconnaître le préjudice résultant de l'échec d'une IVG. Celle-ci ne peut pas être considérée comme un droit au regard de la structure même du droit positif qui pénalise toujours l'avortement par principe. Or, ce déni, combiné à l'idée selon laquelle la naissance d'un enfant ne saurait constituer un préjudice indemnisable, tend bien à renforcer une conception *naturalisante* de la maternité (b).

a. La difficile reconnaissance du préjudice d'être mère en France

921. Certaines évolutions récentes peuvent être interprétées comme rompant avec l'idée selon laquelle le juge refuse d'indemniser l'échec fautif d'IVG (bb). Cependant, le seul fait que le juge français ait, dans les années 1990, pu refuser cette indemnisation indique que le droit a bien été le vecteur de processus de normalisation de la maternité fondés sur sa naturalisation (aa).

²⁸⁰² MATHIEU M., RUAULT L., « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *op. cit.*, p. 53.

aa. Le refus de reconnaissance du préjudice résultant de la naissance d'un enfant

922. À l'époque où l'IVG est dépénalisée, la technique médicale de l'avortement est encore perfectible²⁸⁰³ et il arrive que l'avortement échoue. À partir du milieu des années 80, des femmes agissent alors en justice pour obtenir réparation du préjudice résultant de la naissance de l'enfant. En principe, le succès d'une telle action suppose le cumul des trois éléments classiques de l'établissement d'une responsabilité : un fait générateur, un lien de causalité et un dommage. Mais en ce qui concerne le contentieux spécifique des échecs d'IVG, l'analyse judiciaire de ces différents éléments met en lumière une approche *naturalisante* de la maternité.

923. À titre principal, le juge, et notamment la Cour de cassation en 1991²⁸⁰⁴ et le Conseil d'État²⁸⁰⁵ en 1982, considère qu'une telle indemnisation est impossible car il n'existe aucun préjudice susceptible d'être indemnisé. Ainsi, « *l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne [...] [peut], à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable* »²⁸⁰⁶ « *en l'absence de preuve d'un dommage particulier* » - ou « *de circonstances ou d'une situation particulière susceptibles d'être invoquées par l'intéressée* »²⁸⁰⁷. En dehors « *des charges normales de la maternité* »²⁸⁰⁸, la naissance d'un enfant non désiré n'est pas considérée *en soi* comme un préjudice réparable²⁸⁰⁹. La Cour de Riom en 1989 indique que la naissance ne peut être considérée comme un dommage « *[car] elle est un évènement présumé heureux* »²⁸¹⁰. Qualifier la naissance d'un enfant d'évènement présumé heureux apparaît, en particulier lorsqu'elle est consécutive à une tentative d'IVG, en décalage avec la réalité. En effet, si la femme a, dans un premier temps, demandé à interrompre sa grossesse, c'est précisément qu'elle ne considère pas l'enfantement comme un évènement heureux²⁸¹¹. L'idée selon laquelle la naissance serait par principe un évènement heureux semble, du reste, contredite par les 200 000 avortements²⁸¹² réalisés en moyenne chaque année²⁸¹³. Comment expliquer alors un tel raisonnement ? Le refus du juge de qualifier l'enfantement de préjudice serait-il lié à une conception de la maternité qui le pousse à

²⁸⁰³ Les chances de succès sont de 99% pour les avortements chirurgicaux et de 95% pour avortement médicamenteux

²⁸⁰⁴ CC, 1^{ère} chambre civile, 25 juin 1991 ; bulletin civil I, n° 213 ; note Jourdain, *RTD civ.*, 1991, p. 753.

²⁸⁰⁵ CE, 2 juillet 1982, n° 23141.

²⁸⁰⁶ CC, 1^{ère} chambre civile, 25 juin 1991, n° 8918617 ; note Barbieri, *JCP*, 1992, p. 21784 ; CE, 2 juillet 1982, n° 23141.

²⁸⁰⁷ CE, 2 juillet 1982, Demoiselle R, n° 23141. Voir également, dans le même sens, à propos d'une stérilisation contraceptive. TA Strasbourg, 21 avril 1994 Mme M. c/ Hospices civils de Colmar. MARTINEZ J., « Échec d'une stérilisation contraceptive et responsabilité de l'hôpital public », *RFDA*, 1995, p. 1222.

²⁸⁰⁸ CC, 1^{ère} chambre civile, 26 juin 1991; puis TGI Créteil, 21 mars 2000.

²⁸⁰⁹ CARAYON L., « Interruption volontaire de grossesse et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le Genre, op. cit.*, p. 118.

²⁸¹⁰ CA Riom, 06 juillet 1989, n° 195788, Dalloz, 1990, p. 284, note Philippe Le Tourneau.

²⁸¹¹ CARAYON L., « Interruption volontaire de grossesse et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M. (dir.), *La loi et le Genre, op. cit.*, p. 118.

²⁸¹² Voir notamment les statistiques de l'INED sur l'avortement, <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/avortements-contraception/avortements/>

²⁸¹³ CARAYON L., « Interruption volontaire de grossesse et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le Genre, op. cit.*, p. 118.

considérer l'enfantement comme étant au cœur de la *nature* des femmes ? Il faut souligner que le juge admet que des « *circonstances particulières* »²⁸¹⁴ ou des « *charges inhabituelles* »²⁸¹⁵ puissent conduire à établir la responsabilité du médecin en cas d'échec de l'IVG. Il tend alors à suggérer *a contrario*, à l'instar de la Cour constitutionnelle allemande - qui parle de « *charges tellement lourdes et inhabituelles qu'elles dépassent le seuil de tolérance acceptable* » -, qu'en temps normal une part de sacrifice est attendue de la part de la femme. La naissance ne peut être appréhendée comme un préjudice que lorsque cette part de sacrifice devient anormalement importante. Le refus du juge de qualifier la naissance de préjudice tend à encourager l'idée selon laquelle la femme *ne peut pas* ne pas vouloir être mère car la maternité est « *le moment le plus important de la vie d'une femme* » pour reprendre ici les propos de Lucien NEUWIRTH.

924. La manière dont le juge appréhende, à titre incident, les autres éléments constitutifs de la responsabilité le confirment.

925. En ce qui concerne le fait générateur, il arrive également que le juge refuse de le caractériser, considérant que « *la naissance de l'enfant aurait eu son origine dans les relations sexuelles de ses parents et non dans l'échec de l'IVG* »²⁸¹⁶. Ainsi, le juge estime que le fait générateur n'est pas l'éventuelle faute du médecin mais l'existence de relations sexuelles procréatives. Ce raisonnement apparaît contraire à celui généralement appliqué dans le contentieux de la responsabilité médicale. En effet, « *lorsqu'une personne subit des blessures qui nécessitent une intervention chirurgicale au cours de laquelle le médecin commet une faute, nul ne songe à soustraire celui-ci à sa responsabilité au motif que les blessures préexistantes étaient dues à un évènement qui lui était extérieur* »²⁸¹⁷. Comment, alors, expliquer ce détournement ? Certains commentateurs d'un arrêt similaire y voient une « *interprétation inexacte de la responsabilité civile, inspirée par une conception morale apparemment hostile au principe même de l'interruption volontaire de grossesse* »²⁸¹⁸. Opposer à la requérante sa relation sexuelle procréative pour lui refuser d'en indemniser les conséquences reflète effectivement un positionnement défavorable du juge à l'avortement. Plus encore, cela revient à lui opposer l'échec contraceptif à l'origine de la grossesse. L'argumentaire du juge vient alors encourager une répartition sexuelle des responsabilités procréatives qui fait peser sur les femmes les conséquences de leurs relations sexuelles fécondes.

²⁸¹⁴ CE, 2 juillet 1982, n° 23141 ; TA Grenoble, 1982 commenté par VERPEAUX M., « L'échec d'une interruption volontaire de grossesse est-il de nature à ouvrir droit à indemnité ? », *op. cit.*, p. 80.

²⁸¹⁵ CC, 1^{ère} chambre civile, 26 juin 1991, n° 8918617 : « *Charges normales* ».

²⁸¹⁶ TGI Bobigny, 15 décembre 1976 ; note Le Tourneau, *Dalloz*, 1977, p.245. Contra : TGI Évreux, 21 décembre 1979 et TGI Bobigny, 9 février 1983.

²⁸¹⁷ VERPEAUX M., « L'échec d'une interruption volontaire de grossesse est-il de nature à ouvrir droit à indemnité ? », *op. cit.*, p. 80.

²⁸¹⁸ DORSNER DOLIVET A., note sous TGI Bobigny 9 février 1983, *Dalloz*, II, 20149.

De manière encore plus indirecte, il tend à entretenir le mythe du risque zéro selon lequel une femme responsable et raisonnable n'aurait pas à demander un avortement²⁸¹⁹.

926. À propos du lien de causalité, le juge estime également qu'il ne peut le caractériser : « *Le préjudice n'est pas lié à l'échec de l'IVG mais à la décision de la femme de ne pas abandonner son enfant* »²⁸²⁰. Cet argument est surprenant. Il l'est d'un point de vue social car l'abandon d'un enfant à la naissance n'est pas socialement anodin. Il l'est aussi d'un point de vue juridique car la seule possibilité pour une femme de ne pas être liée à l'enfant est la procédure d'accouchement sous X. Or on vient de voir qu'elle n'était précisément pas pensée comme un droit pour les femmes à renoncer à la maternité. Une fois de plus, cet argument participe à une stigmatisation de l'IVG, aucunement considérée comme permettant la réalisation d'un choix autonome pour les femmes qui ne veulent pas être mères²⁸²¹. Il occulte, en outre, la charge physique et psychologique que représente une grossesse. En effet, même à considérer que la femme qui ne souhaite pas être mère dispose d'un choix véritable entre l'IVG et l'accouchement sous X, cela ne signifie pas nécessairement que cette femme souhaite supporter une gestation de neuf mois. L'IVG ne permet pas seulement à la femme de ne pas être mère, elle lui permet aussi ne pas être enceinte. Or, en opposant à la femme son refus d'abandonner l'enfant pour lui refuser d'indemniser l'échec de son IVG, le juge invisibilise le poids que peut représenter une grossesse pour les femmes, comme s'il était normal pour ces dernières de le supporter.

927. L'analyse du contentieux relatif aux échecs d'IVG met en lumière une définition jurisprudentielle de la maternité qui la présume heureuse pour les femmes. Si ces dernières ne souhaitent réellement pas devenir mères, elles se doivent d'avoir une *bonne* gestion de leur contraception, voire même d'abandonner l'enfant, mais ne sauraient exiger d'un juge qu'il reconnaisse le préjudice qui résulte, pour ces dernières, de la naissance de l'enfant. Le juge refuse d'encourager l'idée selon laquelle une femme, dans une situation normale, pourrait ne pas vouloir devenir mère. Il est vrai néanmoins que ces décisions ne sont pas récentes. Or certains auteurs estiment que depuis un arrêt du 29 novembre 2001, le juge admet désormais l'indemnisation d'un échec d'une IVG.

²⁸¹⁹ BRIVAL M.L., *Enjeux et résistances à la prise en charge des IVG dans les services publics*, 2003, disponible sur <http://www.ancic.asso.fr> : « Cette pensée entretient la stigmatisation des femmes que l'on continue de regarder comme des inconscientes surtout quand il ne s'agit pas du premier avortement... Combien de fois ai-je entendu le terme de récidivistes de la bouche même des professionnels de l'IVG ».

²⁸²⁰ Décision du TA de Grenoble de 1982 commentée par VERPEAUX M., « L'échec d'une interruption volontaire de grossesse est-il de nature à ouvrir droit à indemnité ? », *op. cit.*, p. 80.

²⁸²¹ HEERS M., « Existe-t-il un droit à l'avortement ? », *op. cit.*, p. 69 : « À supposer même qu'une faute soit établie, ne peuvent être considérées comme préjudices réparables, ni la naissance de l'enfant, qui n'est pas en relation directe avec la faute, ni la perte de la possibilité d'avorter, l'avortement ne constituant pas un droit ».

bb. L'obligation d'information du médecin quant au risque d'échec des IVG

928. Le contentieux relatif à l'échec d'une IVG apparaît aujourd'hui presque inexistant en raison d'un taux de réussite frôlant les 100% pour les IVG chirurgicales et de 95% pour les IVG médicamenteuses. Il arrive toutefois que le juge soit encore confronté, au 21^{ème} siècle, à la question de l'indemnisation du préjudice résultant de l'échec fautif d'une IVG. Tel est, par exemple, le cas de la Cour d'appel de Paris le 29 novembre 2001²⁸²². En l'espèce, une femme a procédé à une IVG en 1998 qui n'a pas fonctionné. Elle a découvert la persistance de sa grossesse le 25 juin 1998 avant d'accoucher le 28 août 1998. Elle a alors saisi le juge d'une demande en réparation du dommage résultant de la naissance de cet enfant en raison de la faute commise par le premier médecin. Le TGI a considéré que

« l'échec de l'intervention volontaire de grossesse ne résulte pas d'une autre cause que les diligences inefficaces du médecin [et de] la méconnaissance par le médecin de son obligation de sécurité de résultat, applicable en la cause ; le docteur Z... ayant indiqué dans son compte rendu opératoire qu'il a procédé à l'IVG par aspiration avec une canule n 8 ramenant les débris ovulaires en rapport »²⁸²³.

Il a donc refusé d'indemniser la requérante, considérant que la naissance n'était pas un préjudice indemnisable. Cependant, la Cour d'appel de Paris décide de réparer le préjudice résultant, pour la requérante, de la naissance d'un enfant non désiré. Elle estime en effet

« qu'en l'espèce les fautes du docteur Z... ont entraîné pour la mère la poursuite d'un état de grossesse non désirée et même totalement ignorée ; considérant que le préjudice, pour la mère, consiste en la révélation tardive dont rien ne démontre le caractère artificiel, d'une grossesse jusque-là méconnue ; qu'une telle révélation, le 25 juin 1998 alors que l'enfant est né seulement deux mois et trois jours plus tard constitue en elle-même un évènement bouleversant, d'autant plus inattendu que le docteur Z... ne rapporte pas la preuve qui pourtant lui incombe, d'avoir informé Mlle Y... X... du risque de poursuite de sa grossesse ; considérant que le trouble, voire le désarroi de Mlle Y... X... face à cette poursuite de grossesse ignorée et partant le préjudice subi par l'intéressée sera justement évalué à la somme de 120.000F »²⁸²⁴.

929. D'aucuns voient alors dans cet arrêt la consécration par le juge « du préjudice résultant de la perte de chance [pour la femme] de pratiquer une IVG »²⁸²⁵, voire « d'un droit [...] d'interrompre sa grossesse »²⁸²⁶. Notons toutefois que la Cour d'appel n'utilise, ni les termes de *perte de chance*, ni ceux de *droit* ou de *choix*. Elle considère surtout que c'est la découverte tardive de la grossesse - et non la naissance de l'enfant - qui constitue un « évènement bouleversant » qui peut être qualifié de préjudice. Finalement, cette décision semble donc davantage s'inscrire dans la lignée de la jurisprudence

²⁸²² CA Paris, 1^{ère} chambre, section B, 29 novembre 2001.

²⁸²³ Propos du TGI repris par CA Paris, 1^{ère} chambre, section B, 29 novembre 2001.

²⁸²⁴ Propos du TGI repris par CA Paris, 1^{ère} chambre, section B, 29 novembre 2001.

²⁸²⁵ Commentaire sous l'article L2212-2 CSP.

²⁸²⁶ POURART C., « Obligation d'information du médecin quant au risque d'échec d'une IVG », *Dalloz*, 2003, p. 661.

administrative qui n'admet l'indemnisation qu'en cas de « *circonstances particulières* »²⁸²⁷ que cherchant à consacrer un *droit à l'IVG* ou à ne pas être mère. Le raisonnement du juge est fondé sur le manquement par le médecin à son obligation d'information et non pas sur celui de l'autonomie procréative.

930. Certains commentateurs estiment, à ce propos, que « *le changement de fondement auquel procède la Cour est une manière de contourner les exigences posées en 1991 [par la Cour de cassation sur les échecs d'IVG] et d'instaurer une présomption de faute. Il permet le passage d'une obligation de moyens à une obligation de résultat et, par conséquent, un renversement de la charge de la preuve favorable à la mère* »²⁸²⁸. La portée de cet arrêt de 2001 ne devrait néanmoins pas être surestimée. En effet, rappeler l'existence d'une obligation pour le médecin d'informer la femme du taux d'échec des IVG ne fait peser sur lui aucune obligation de résultat et ne modifie pas la charge de la preuve. Le médecin était du reste déjà censé vérifier le succès de son intervention²⁸²⁹. Qui plus est, le manquement du médecin à son obligation d'information entraîne une indemnisation bien moins importante - un peu moins de 20 000 euros²⁸³⁰ - que s'il avait dû prendre en charge, à vie, les frais liés à l'entretien de l'enfant. Cette décision ne nous semble pas consacrer un droit à refuser la maternité. Soulignons, en ce sens que, dans un arrêt de 2012 relatif à l'échec d'une stérilisation contraceptive, la Cour administrative de Versailles sanctionne à nouveau le médecin pour manquement à son obligation d'information mais déboute le couple de leur demande d'indemnisation des frais relatifs à l'entretien de l'enfant. La Cour administrative de Versailles estime en effet que la naissance d'un enfant sain ne saurait être considérée comme un préjudice²⁸³¹. En 2013, la Cour d'appel de Metz refuse également l'indemnisation considérant que « *la naissance d'un enfant [...] n'est pas, par elle-même, génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir un droit à réparation, sauf préjudice particulier, eu égard aux circonstances de la cause, distinct des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui sont normalement à la charge des parents* »²⁸³².

931. La naissance d'un enfant n'est donc pas systématiquement considérée en France comme susceptible d'être qualifiée de préjudice ; l'idée selon laquelle il s'agit d'un évènement nécessairement heureux n'étant pas étrangère à cet état du droit. Cette impossible indemnisation des échecs d'IVG est certes sans grand intérêt concret au regard du faible taux actuel d'échec des IVG. Mais elle révèle, malgré tout, sur le plan symbolique, un mécanisme de normalisation de la parenté : il manifeste le rôle du droit dans l'assignation des femmes à la maternité. En effet, même

²⁸²⁷ CA Paris, 1^{ère} chambre, section B, 29 novembre 2001.

²⁸²⁸ POURART C., « Obligation d'information du médecin quant au risque d'échec d'une IVG », *op. cit.*, p. 661.

²⁸²⁹ Voir, CC, 1^{ère} chambre civile, 9 mai 1983, n° 8212227. Plus récemment CA, Versailles, 5 avril 2012, n° 1006362.

²⁸³⁰ Soit exactement 18 293, 90 euros.

²⁸³¹ CA Versailles, 5 avril 2012, n° 1006362.

²⁸³² CA Metz, 19 février 2013, n° 1101192.

si le droit concède aux femmes, sous conditions, la possibilité d'interrompre leur grossesse ; le contentieux analysé montre qu'il ne s'agit pas d'un *droit*, puisque l'atteinte qui est portée à l'IVG n'ouvre pas droit à réparation²⁸³³. Or, cette absence de droit repose sur - et perpétue - l'idée selon laquelle il est *normal* que les femmes deviennent mères si elles ont entretenu des relations sexuelles procréatives. Plus encore, il pérennise l'idée selon laquelle la charge de la maternité n'en est pas vraiment une car elle constitue pour les femmes une tâche naturellement heureuse.

b. L'absence de reconnaissance du préjudice dans le cas de l'IVG en Allemagne

932. À la différence du droit français, le droit allemand admet, depuis les années 1960, l'indemnisation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant non désiré. Ainsi, dans une décision de 1969, le tribunal d'Itzehoe²⁸³⁴ condamne le pharmacien qui n'a pas délivré à la femme le contraceptif demandé au paiement des charges liées à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le droit à la réparation est ensuite étendu par la Cour fédérale de justice en 1980 aux échecs de stérilisation²⁸³⁵. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle s'oppose toutefois à une telle indemnisation. En effet, en 1993, la Cour déclare dans le cadre de sa seconde décision sur l'IVG qu'un « *enfant ne saurait être considéré comme un dommage car cela serait contraire à l'article 1^{er} de la Loi fondamentale [et que par conséquent] il est impossible de considérer les frais d'entretien de l'enfant comme un préjudice indemnisable* »²⁸³⁶. Cependant, face à la résistance de la Cour fédérale, qui accepte de nouveau, en 1993, de reconnaître le préjudice résultant de la naissance d'un enfant non désiré suite à l'échec d'une stérilisation²⁸³⁷, la Cour constitutionnelle se rallie à son argumentaire²⁸³⁸.

933. Il convient toutefois de souligner que cette indemnisation n'est possible que si la grossesse ne résulte pas de l'échec d'une IVG. En effet, si le préjudice résultant de l'échec fautif d'une contraception ou d'une stérilisation peut être indemnisé, en matière d'IVG, une telle action est impossible. La Cour fédérale allemande énonce ainsi en 2002 qu'« *une interruption réalisée conformément aux conditions du §218a alinéa 1 [cas de l'IVG] n'est pas légale. Dès lors, cela ne peut pas servir de fondement à*

²⁸³³ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²⁸³⁴ LG Itzehoe, 21 novembre 1968 - 6066/68, VersR 1969, p. 265. Voir également en ce sens, OLG Düsseldorf, 31 janvier 1974, 8U 123/73, NJW 1975, p. 595 ; OLG Zweibrücken, 14 juillet 1972, 1U116/77, NJW 1978, p. 2340. Contra : LG München, 27 février 1970, 170771/69, VersR, 1970, p. 428 ; LG Duisburg, 7 mars 1974 - 80349/73, VersR, 1975, p. 432.

²⁸³⁵ BGH, 18 mars 1980 - BGHZ 76, 249.

²⁸³⁶ BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203, considérant 14 : « *Une qualification juridique de l'enfant comme préjudice est impossible au regard de l'article 1 de la Constitution. Il interdit également de qualifier les charges d'un enfant de préjudice* ».

²⁸³⁷ BGH, 16 novembre 1993, Az VI ZR 105/92 ; BGH, 27 juin 1995, Az VI ZR 32/94 (dans le cas d'une stérilisation masculine).

²⁸³⁸ BVerfG, 12 novembre 1997 - BVerfGE 96, 375. Voir sur ce point, DEMME G., LORENTZ R., « Responsabilité civile et naissance d'un enfant - aperçu comparatif », RIDC, 1/2005, p.114, note 51. Voir aussi, RIEDEL U., *Kind als Schaden*, Frankfurt, Mabuse-Verlag, 2003, p. 76 et suivantes.

une action en responsabilité contractuelle pour un enfant non désiré»²⁸³⁹. En effet, si le législateur accepte de suspendre, sous conditions, l'application de la peine pénale en matière d'avortement, celui-ci reste considéré par l'ordre juridique comme illégal²⁸⁴⁰. L'IVG ne fait l'objet que d'une tolérance juridique. L'entrave qui lui est portée ne peut donc pas être indemnisée. Une décision de la Cour d'appel d'Oldenbourg²⁸⁴¹ en 2014 en offre une illustration supplémentaire. En l'espèce, une femme a été mal informée par son médecin de son état de grossesse et a manqué, de ce fait, le délai d'IVG de 12 semaines. Elle a saisi le juge judiciaire, faisant valoir que la naissance de l'enfant constituait pour elle un énorme préjudice, qu'elle « *n'a pu lier aucun lien avec l'enfant, souffre d'une grave dépression, est victime de crise d'angoisses et d'idées suicidaires; est sous antidépresseurs, fait l'objet d'une prise en charge psychologique et a dû faire une cure dans un service psychologique de 5 semaines* ». Cependant, le juge de première instance²⁸⁴² a rejeté la demande considérant que le versement de dommages et intérêts n'était pas possible car « *le §218a alinéa 1 du Code pénal dépénalise seulement l'avortement mais ne le rend pas pour autant légal* ». La Cour d'appel confirme, en suivant le même argumentaire, la décision de première instance²⁸⁴³. L'échec d'une IVG ne peut donc pas être indemnisé. À première vue, cet état du droit s'explique par le fait que l'IVG porte atteinte à la vie. Cela étant, le refus d'indemnisation ne protège que peu la vie puisqu'il ne concerne que de très rares affaires²⁸⁴⁴. De plus, dans la mesure où de tels contentieux ne sont pas connus du grand public, ils ne peuvent que difficilement produire d'effets dissuasifs directs. Certes, le juge est lié par la qualification pénale faite par le législateur qui maintient l'IVG dans le champ de l'illégalité et par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ; néanmoins, ces décisions stigmatisent l'avortement en rappelant à quel point une telle pratique est condamnable tant sur le plan pénal que moral. En ce sens, le juge d'Oldenbourg en 2014 insiste bien sur le fait que les femmes ne disposent pas du droit d'interrompre leur grossesse. Cette possibilité offerte par le droit ne leur est point due : « *Les désavantages financiers résultant de la grossesse, dont l'interruption ne fait pas l'objet en droit pénal d'un fait justificatif, ne doivent pas être compensés [car] elles résultent d'une situation qui doit être acceptée par la personne* »²⁸⁴⁵. Partant, si l'échec n'est pas indemnisé, c'est notamment parce que la femme enceinte doit *accepter* la situation dans laquelle elle se trouve. Le refus d'indemniser les échecs d'IVG favorise ainsi non seulement l'assignation

²⁸³⁹ BGH, 19 février 2002, Az VI ZR 190/01.

²⁸⁴⁰ « *Strafflos* » (non-sanctionné) et non « *Rechtmässig* » (légal).

²⁸⁴¹ OLG, Oldenburg 18 novembre 2014, Az 5 U 108/14.

²⁸⁴² LG, Osnabrück, 27 mai 2014.

²⁸⁴³ OLG Oldenburg, 18 novembre 2014, Az. : 5 U 108/14. Il précise que la femme aurait dû faire valoir dès la première instance l'argument selon lequel son état physique et mental aurait été susceptible de lui ouvrir l'accès à une IMG (§218a alinéa 2), qu'un tel moyen aurait effectivement été évalué par le juge mais que ce n'était pas ce qu'avait invoqué la demandeuse dans un premier temps.

²⁸⁴⁴ Le taux d'échec des IVG en Allemagne est aussi faible comme France et des situations telles que celles qui ont mené à l'affaire de 2014 décrite *ci-dessus* ne se produisent heureusement pas souvent.

²⁸⁴⁵ OLG, Oldenburg, 14 janvier 2015, Az. : 5 U 108/14.

des femmes à la maternité mais il encourage qui plus est l'idée selon laquelle il est *normal* pour ces dernières de s'y astreindre.

Conclusion du chapitre 1

934. Ainsi, il apparaît qu'en droit, le comportement procréatif *idéal* - celui qui peut être *normalement* attendu d'un *bon* individu - est celui qui respecte les normes de genre, c'est-à-dire une attribution distincte des comportements procréatifs et rôles parentaux en fonction du sexe du parent. Il apparaît en effet que les dispositions juridiques encouragent nettement l'idée selon laquelle le comportement procréatif féminin *idéal* conduit à la maternité et plus encore à la *bonne* maternité. La manière dont l'ordre juridique appréhende le refus d'enfanter n'a donc pas seulement trait au maintien *quantitatif* de la population mais également à son maintien *qualitatif*. La finalité de l'ordre juridique n'est pas seulement de *faire vivre* - afin d'assurer la pérennité de la population et *in fine* de l'État - mais également de bien *faire vivre*. La manière dont les enfants sont engendrés et mis au monde doit correspondre à une certaine conception de la *vie bonne*. On aura voulu ici analyser le contenu de ce programme normatif au prisme du concept de genre, en France et en Allemagne. On a alors cherché à mettre en lumière la manière dont les normes juridiques renforcent et perpétuent des injonctions à la maternité. Cela peut également s'étendre à la manière dont il est attendu des femmes qu'elles exercent cette maternité : le droit positif tend, par exemple, à encourager les femmes à mettre leurs carrières entre parenthèses afin de se concentrer sur l'éducation des enfants en bas âge, particulièrement en Allemagne. Dans les deux pays, ce sont ainsi des processus de normalisation de la parenté que le pendant négatif du droit de la procréation met en œuvre. Ainsi, ce n'est jamais la seule protection de la vie anténatale qui explique et justifie que la contrainte de la grossesse puis de la maternité pèsent sur le corps des femmes mais également une certaine répartition sexuée du travail productif et reproductif. Si aujourd'hui l'accès à la contraception et à l'avortement a été facilité - particulièrement en France - par bon nombre de réformes législatives visant à le rendre plus effectif, la persistance de certaines politiques familiales continue du reste à mettre en lumière un encouragement à la distribution traditionnelle des rôles sociaux par les normes juridiques.

935. L'étude du pendant positif du droit de la procréation, c'est-à-dire du droit applicable à l'AMP et à la GPA, va également dans le sens de cette analyse puisqu'elle révèle la mise en œuvre de processus juridiques de normalisation de la parenté qui jouent non seulement, de manière incidente, sur les comportements procréatifs des individus mais aussi sur leurs rôles parentaux et plus encore, sur l'institution familiale en tant que telle.

936. Il importe désormais de démontrer que les dispositions juridiques applicables au pendant positif de la procréation, autrement dit à l'AMP et à la GPA, tendent elles aussi à *normaliser* la parenté, c'est-à-dire à la façonner à l'aune d'une conception *idéale* de la *bonne* parenté, de la parenté « normale », assurant par ce biais la naissance de la *vie bonne* dans un cadre adapté à son développement. Considérant que l'hypothèse de départ est liée à l'idée selon laquelle c'est avant tout une certaine conception de la famille normale que le droit entend sauvegarder, voire produire, l'étude du droit de la procréation, dans son pendant positif cette fois, fournit, un observatoire privilégié de ce que dit la règle de droit de la normalité familiale. En effet, même si, depuis la création du droit civil moderne en 1804, un certain nombre de réformes tend à consacrer l'égalité des sexes au sein de la famille²⁸⁴⁶, l'analyse du droit applicable à l'AMP montre qu'il demeure le vecteur d'un biopouvoir qui cherche, par hypothèse, à normaliser la vie : l'ordre juridique, en France comme en Allemagne, continue de normaliser l'institution familiale, en privilégiant, à des degrés différents, le modèle de la famille traditionnelle. La normalisation de l'institution familiale passe ici principalement par une normalisation de la parenté : le droit favorise la production de la *famille normale* en encourageant surtout la procréation des personnes qu'il considère remplir les critères de la *bonne parenté* ; afin que soit constitué le cadre idéal au développement de la *vie bonne*, à la transformation de *zoé* en *bios*. Par ce biais, c'est la production d'une certaine forme de vie qui est encouragée, celle rattachée à « *un père et une mère, pas un de plus pas un de moins* »²⁸⁴⁷ (**section 1**). Par ce biais, le droit dessine également des modèles idéaux-typiques différenciés, en fonction des sexes des personnes, de la *bonne* parenté. Il encourage davantage une conception biologique ou physiologique de la *bonne* maternité que de la *bonne* paternité. En effet, l'encadrement juridique de la médecine reproductive renforce la naturalisation de la maternité déjà observée dans le cadre du droit de la procréation négative, et avec elle l'idée selon laquelle la maternité serait une fonction plus *naturelle* pour les femmes que la paternité pour les hommes (**section 2**).

Section 1 Procréation positive et normalisation de l'institution familiale

Section 2 Procréation positive et normalisation de la maternité

²⁸⁴⁶ Pour la France, voir notamment, la loi du 13 juin 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux ; la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale ; la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille ; la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ; la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Pour l'Allemagne, voir notamment, la loi sur le partenariat enregistré (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) du 12 février 2001, la loi sur l'introduction du mariage des personnes de même sexe (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts) du 20 juillet 2017 ainsi que l'arrêt de la Cour constitutionnelle sur l'adoption successive pour les couples homosexuels : BVerfG, 19 février 2013 - BVerfGE 133, 59.

²⁸⁴⁷ BRAIBANT G., *Sciences de la vie. De l'éthique au droit, op. cit.*, p. 57.

Section 1. Procréation positive et normalisation de l'institution familiale

937. En France, comme en Allemagne, c'est la naissance d'un enfant avec un père *et* une mère, c'est-à-dire le modèle de la famille traditionnelle, qui est encouragée par le droit de l'AMP, comme l'indiquent les termes du Rapport BRAIBANT lorsqu'il préconise : « *Deux parents, pas un de plus, pas un de moins* »²⁸⁴⁸. Ce modèle est mis en œuvre par des processus de normalisation de l'institution familiale, qui modélisent la *bonne* parenté à l'aune d'une certaine conception de la normalité. Les deux ordres juridiques ne l'imposent toutefois pas avec le même degré de contrainte, le biopouvoir tendant notamment à s'exprimer de manière plus indirecte et diffuse outre-Rhin (**sous-section 1**). Ce sont ces mêmes considérations - relatives à la sauvegarde de l'institution familiale traditionnelle - qui justifient que soit interdit l'accès à l'AMP *post mortem*, c'est-à-dire la naissance d'un enfant sans père (**sous-section 2**).

Sous-section 1. « *Deux parents, pas un de plus...* » : l'hétérosexualité comme condition d'accès à l'AMP

938. Les droits français et allemand ne permettent pas, aujourd'hui²⁸⁴⁹, à un enfant d'être rattaché à plus de deux parents²⁸⁵⁰. Il permet en revanche à l'enfant d'avoir un seul parent ou deux parents de même sexe. Dans les deux pays, une telle possibilité ne peut principalement provenir que de l'adoption et non d'une procédure d'AMP²⁸⁵¹. En effet, en France et en Allemagne, le droit de l'AMP n'appréhende pas de la même manière tous les schémas familiaux. Il tend surtout à encourager la constitution de la famille traditionnelle. Ce n'est toutefois, ni exactement le même schéma familial que les ordres juridiques français et allemand favorisent, ni exactement les mêmes outils qu'ils utilisent à ces fins. Ainsi, en France, le droit procède à une normalisation *directe* de l'institution familiale²⁸⁵² : il réserve par des interdictions explicites l'accès à l'AMP aux couples

²⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 57.

²⁸⁴⁹ Voir Arbeitskreis Abstammungsrecht, *Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, *op. cit.* On peut également mentionner les débats actuels sur la « FIV-3 parents » qui est une technique de remplacement mitochondriale : l'ADN nucléaire est retiré de l'ovocyte de la mère d'intention et placé dans l'ovocyte d'une donneuse dont le noyau a été enlevé. Cet ovocyte est fécondé avec le sperme du père d'intention. Au Royaume-Uni, cette pratique est mise en œuvre depuis 2015. Cependant, contrairement à ce qu'indique son nom en droit français, il ne s'agit pas ici de rattacher l'enfant à trois parents : il aura deux parents et une donneuse aura également participé à son engendrement. Voir LE DEAUT J., PROCACCIA C., *Rapport sur les enjeux économiques, environnementaux, sanitaires et éthiques des bioéotechnologies à la lumière de nouvelles pistes de recherche*, OPECST, 28 mars 2017.

²⁸⁵⁰ Sur cette question, voir notamment, pour l'Allemagne, Arbeitskreis Abstammungsrecht, *Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, *op. cit.* ; pour la France, CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.* Voir notamment sur ce rapport, BOURDAIRE-MIGNOT C., GRÜNDLER T., « Procréation : l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes seules emporte une série de questions dans son sillage (gratuité du don, levée de l'anonymat, rôle de la médecine) », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, 30 juillet 2018.

²⁸⁵¹ CCNE, Avis n° 126, *Les demandes sociétales de recours à l'AMP*, 15 juin 2017.

²⁸⁵² Nous rappelons que la normalisation directe est celle qui est imposée par l'État.

hétérosexuels, excluant les célibataires et les couples homosexuels de son bénéficiaire (I). En Allemagne, la normalisation juridique est *indirecte* car la loi ne pose pas de conditions d'accès à l'AMP. C'est donc de manière plus diffuse que l'ordre juridique allemand dessine les contours de la famille traditionnelle idéale : celle de la famille génétique. Ce modèle, dont on peut dire que le droit français le favorise aussi à titre incident, est favorisé en Allemagne à titre principal (II).

I. La normalisation de l'institution familiale en France

939. En France, l'AMP est réservée depuis les lois bioéthiques de 1994 aux couples dont l'infertilité aura été « *médicalement constatée* »²⁸⁵³. Elle est donc construite comme un soin²⁸⁵⁴. En appréhendant la stérilité comme une maladie, le législateur exclut de l'accès à l'AMP les couples qui sont considérés comme ne pouvant de toute manière pas procréer naturellement. L'AMP est en effet présentée comme un mécanisme qui se limite à *copier la nature* : elle ne saurait intervenir là où, dans un cadre naturel, une procréation charnelle n'aurait pu conduire à la naissance d'un enfant. La médecine reproductive n'est ainsi pas pensée comme un mode autonome de reproduction humaine mais comme un remède aux défaillances de la nature²⁸⁵⁵, un soin²⁸⁵⁶. Le droit français de l'AMP peut dès lors être qualifié de « *pseudo-procréatif* »²⁸⁵⁷ puisqu'il « *tend à recréer, à travers les conditions d'accès, l'illusion que l'enfant a été conçu de manière charnelle par ses deux parents* »²⁸⁵⁸. Le droit de l'AMP prétend en effet « *simuler l'acte sexuel* »²⁸⁵⁹. Il est fondé sur une *fiction* de l'acte charnel reproductif ; ce qui exclut alors de son bénéficiaire tous les couples et personnes pour lesquels le rapport sexuel n'aurait pas été fécond dans un cadre naturel (A). Mais la pérennité de cette fiction suppose d'invisibiliser l'existence de l'AMP. En effet, afin que la fiction soit parfaite, l'ordre juridique doit s'assurer que l'AMP à l'origine de la naissance de l'enfant ne sera pas découverte. Le modèle du « *ni vu, ni connu* »²⁸⁶⁰ vient alors au soutien du modèle « *pseudo-procréatif* » et des processus de normalisation qu'il sous-tend (B).

²⁸⁵³ Article L2141-2 CSP.

²⁸⁵⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

²⁸⁵⁵ NICOLAS-MAGUIN M.F., « Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile », *Droits et culture, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, n° 51, 2006/1, p. 132.

²⁸⁵⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

²⁸⁵⁷ THERY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, EHESS, 2010, p. 17 ; THERY I., LEROYER A.M., *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*, p. 19.

²⁸⁵⁸ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 677 ; IACUB M., *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion, 2002, p. 203.

²⁸⁵⁹ IACUB M., *Le crime était presque sexuel - et autres essais de casuistique juridique*, *op. cit.*, p. 203.

²⁸⁶⁰ THERY I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, p. 38.

A. La normalisation de l'institution familiale par le modèle *pseudo-procréatif*

940. Le terme *pseudo-procréatif* est approprié pour décrire le cadre juridique actuel qui entend faire « comme si » l'enfant avait été engendré par le couple bénéficiaire. Ce cadre juridique exclut alors les personnes célibataires et les couples pour lesquels il n'est pas possible de faire « comme si » leurs relations sexuelles auraient pu conduire à la naissance de l'enfant. On s'intéressera ici à la manière dont un tel modèle juridique de construction de l'AMP participe d'un processus de normalisation de la parenté, et avec elle, de l'institution familiale (1). Afin de révéler ces processus de normalisation, la prétention du modèle juridique à naturaliser la procréation doit notamment être interrogée (2).

1. Modèle *pseudo-procréatif* et calque de la procréation charnelle

941. Même si la pertinence des conditions d'accès à l'AMP est aujourd'hui débattue (b), le droit positif français pose toujours des conditions qui renvoient l'illusion selon laquelle l'enfant est le fruit d'un rapport sexuel procréatif ; ce qui justifie alors l'exclusion de certains demandeurs et permet la normalisation de l'institution familiale par le droit applicable à l'AMP (a).

a. Le droit positif en vigueur

942. L'article L2141-2 alinéa 2 CSP dispose que « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ». Ainsi, le législateur français pose cinq conditions à l'accès à l'AMP - à la différence du législateur allemand qui, nous le verrons, n'en pose aucune : elle est réservée aux couples²⁸⁶¹ - et non aux célibataires - stables, hétérosexuels, vivants²⁸⁶² et en âge de procréer. Ces conditions excluent la constitution via l'AMP de familles monoparentales ou homoparentales²⁸⁶³.

943. À première vue, et depuis l'ouverture du mariage aux couples homosexuels²⁸⁶⁴, de telles conditions pourraient surprendre car la monoparentalité comme l'homoparentalité sont,

²⁸⁶¹ Sur ce point, voir aussi, TISSIER D., *La protection du corps humain*, Paris, Harmattan, 2013, p. 166.

²⁸⁶² Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

²⁸⁶³ Elle favorise aussi la constitution des familles jeunes. Les règles de droit social limitent le remboursement de l'AMP à 43 ans pour les femmes (la pratique médicale excluant leur accès au-delà de 40 ans) et le juge limite l'accès à l'AMP pour les hommes de plus de 59 ans. Voir sur la question de l'âge et leurs effets de genre, notamment, LÖWY I., « L'âge limite de la maternité : corps, biomédecine, et politique », *Mouvements*, 2009/3, n° 59, p. 168 ; MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 87.

²⁸⁶⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

aujourd'hui en France, permises par le droit. En effet, la constitution de ces schémas familiaux est rendue possible par les dispositions applicables à l'adoption. En France, l'article 343 et 343-1 du Code civil autorise en effet l'adoption pour les couples mariés et pour les personnes célibataires, quelle que soit leur orientation sexuelle²⁸⁶⁵. Depuis 2013, les couples homosexuels sont également autorisés à adopter. La Cour de cassation, dans un avis du 22 septembre 2014 précise même que le recours par un couple de femmes lesbiennes à une IAD à l'étranger, ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la femme devenue mère par l'accouchement puisse elle aussi devenir mère par l'adoption²⁸⁶⁶. Pourtant, l'adoption de la loi sur le mariage pour tous n'a pas emporté ouverture de l'accès à l'AMP pour les couples de femmes.

944. Comment expliquer cette différence ? L'existence de logiques distinctes entre l'adoption et l'AMP est présentée comme un facteur explicatif²⁸⁶⁷. En effet, l'adoption répondrait, à la différence de l'AMP, à une logique particulièrement altruiste : « Donner une famille à un enfant qui n'en a pas »²⁸⁶⁸. Il est vrai que, dans le cadre de l'adoption, un certain pragmatisme s'impose : l'enfant est déjà né ; ce qui n'est par définition pas le cas en matière d'AMP. La logique est donc la suivante : puisque l'enfant est déjà là, qu'on ne peut rien y changer et qu'il est somme toute préférable qu'il vive dans une famille que dans un foyer d'accueil, autant accepter qu'il soit confié à quelqu'un, fût-ce à une personne célibataire ou à un couple homosexuel. C'est ainsi une forme de pragmatisme qui justifierait l'autorisation de l'adoption par un célibataire depuis 1966²⁸⁶⁹ et par un couple homosexuel depuis 2013²⁸⁷⁰ - même si, dans les faits, il est peu probable qu'une personne célibataire ou qu'un couple homosexuel, même s'ils ont été agréés par les services sociaux, se voit effectivement attribuer un enfant²⁸⁷¹. C'est ainsi la logique spécifique de l'adoption - à la fois altruiste et pragmatique - qui justifierait que ce mécanisme permette aujourd'hui la constitution de familles monoparentales ou homoparentales alors que l'AMP l'exclut. Un tel raisonnement présente la logique de l'AMP comme différente de celle de l'adoption²⁸⁷², notamment car l'AMP est pensée comme un soin réservé aux patients souffrant de stérilité pathologique²⁸⁷³. Or, les couples homosexuels ne sont pas reconnus comme infertiles car, ni leurs fonctions reproductives, ni leurs

²⁸⁶⁵ Après avoir été condamnée par CEDH, *E.B. contre France*, 22 janvier 2008, n° 4354602.

²⁸⁶⁶ CC, Avis du 22 septembre 2014, n° 15011.

²⁸⁶⁷ En ce sens, CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁶⁸ Voir notamment MURAT P., « Les transformations de la famille. Quel impact sur les finalités de l'adoption ? », *Informations sociales*, 2/2008, n° 146, §3 et suivants.

²⁸⁶⁹ Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.

²⁸⁷⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

²⁸⁷¹ Il n'existe actuellement aucune statistique officielle, mais la presse relate que très peu de couples homosexuels ont effectivement pu adopter un enfant depuis 2013 en France. Voir notamment, PASQUESOONE V., « Les couples homosexuels ont le droit d'adopter, mais le peuvent-ils vraiment ? », *Enquête France info*, 16 juin 2018.

²⁸⁷² En ce sens, voir notamment, CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.* p. 50.

²⁸⁷³ TISSIER D., « La procréation assistée à travers le prisme du genre », in ZATARA GROS A.F., *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013, p. 83.

organes procréatifs ne sont altérés. Leur stérilité est tout au plus considérée comme sociale²⁸⁷⁴, leur incapacité à procréer étant souvent présentée comme la résultante d'un choix : celui d'entretenir une relation homosexuelle. Il en va de même des personnes célibataires : leurs fonctions reproductives ne sont pas altérées. En l'absence de stérilité malade, ces personnes ne peuvent donc prétendre bénéficier à une AMP car leur ouvrir le bénéfice de ce soin reviendrait à faire de la médecine de convenance²⁸⁷⁵ et à réifier l'enfant en le transformant en un simple objet de convoitise²⁸⁷⁶.

945. Au-delà des facteurs explicatifs traditionnellement apportés pour justifier cette différence de logique entre l'adoption et l'AMP, il est également possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle - parce que l'AMP entend faire naître un enfant²⁸⁷⁷ - elle a directement trait au faire vivre. L'AMP serait donc - encore davantage que l'adoption - un des lieux privilégiés d'exercice du biopouvoir et, partant, l'un des lieux privilégiés de la mise en œuvre des processus de normalisation du vivant ; de conversion de *zoe* en *bios*. Il est alors possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle, c'est précisément parce que l'AMP permet - à la différence de l'adoption - de faire vivre que les conditions ne sont pas les mêmes. C'est parce que l'AMP permet de faire vivre que les acteurs juridiques posent ici le cadre de ce qu'ils considèrent être les conditions idéales de production de la vie humaine. En ce sens, il faut observer que dans les débats et rapports institutionnels préalables à l'élaboration des lois bioéthiques de 1994, la place accordée à la définition de la parenté et de la famille est absolument centrale. Le rapport BRAIBANT énonce, par exemple, que les lois bioéthiques doivent servir à « l'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté »²⁸⁷⁸ et assurer la pérennité de la famille traditionnelle qui serait « difforme si elle donnait à l'enfant deux pères ou deux mères »²⁸⁷⁹. Lors des débats parlementaires de 1994, on peut lire qu'il « convient de bien préciser que cette technique s'adresse à un couple hétérosexuel vivant, en âge de procréer [...] il faut effectivement interdire le recours à cette solution aux célibataires, hommes ou femmes »²⁸⁸⁰ car la loi doit garantir le « droit de l'enfant à vivre dans une famille

²⁸⁷⁴ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, op. cit., p. 129.

²⁸⁷⁵ TISSIER D., « La procréation assistée à travers le prisme du genre », in ZATTARA-GROS A.F., *Bioéthique et genre*, op. cit., p. 74 ; LABRUSSE-RIOU C., BAUDOIN J.L., *Produire l'homme, de quel droit ? - étude juridique et éthique des procréations artificielles*, op. cit., p. 166. Contra : ROMAN D., « L'AMP, nouveau droit de l'homme ? », *RDSS*, 2007, p. 810.

²⁸⁷⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2) ; LABRUSSE-RIOU C., BAUDOIN J.L., *Produire l'homme, de quel droit ? - étude juridique et éthique des procréations artificielles*, op. cit., p. 164.

²⁸⁷⁷ CADORET A., « La filiation et l'aide médicale à la procréation », *Droit et Cultures, Revue internationale interdisciplinaire*, 51/2006 - 1, p. 181 ; CADOU E., « Le droit de la filiation à l'épreuve de l'homoparentalité », in ZATTARA GROS A.F., *Bioéthique et genre*, op. cit., p. 193 ; CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « La bioéthique, un droit genré », in ZATTARA GROS A.F., *Bioéthique et genre*, op. cit., p. 45 ; NICOLAS-MAGUIN M.F., « Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile », op. cit., p. 181.

²⁸⁷⁸ BRAIBANT G., *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, op. cit., p. 57.

²⁸⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁸⁰ Sénat, 13 janvier 1994, Franck Sérusclat, p. 135.

normale »²⁸⁸¹ ; ou encore que « *la famille doit être protégée contre toute pratique dissolvante* »²⁸⁸². Le rapport du Conseil d'État de 1999 sur l'évaluation des lois bioéthiques déclare lui aussi que « *la loi a fait clairement le choix de donner à l'enfant né d'une procréation non naturelle, une famille normale et bien accordée* »²⁸⁸³. Ainsi, la construction du droit de l'AMP n'est-elle pas dénuée de considérations relatives à la définition de l'institution familiale. Au contraire, elle semble guidée par l'idée selon laquelle il est le terrain idéal pour définir l'archétype de la famille normale. Lors des débats, un lien est expressément établi entre le respect de la nature et l'intérêt de l'enfant. Ainsi, des parlementaires affirment que

*« pour notre part, nous croyons nécessaire de s'approcher le plus possible des lois naturelles, tant dans l'intérêt de l'enfant à naître que pour la santé de la femme concernée »*²⁸⁸⁴ ou que « *le désir ne saurait être égoïste : il doit se concilier avec l'intérêt de l'enfant, qui ne peut s'épanouir que dans une famille stable et unie - peu importe qu'elle soit légitime ou naturelle - car un enfant a besoin d'une mère comme d'un père* »²⁸⁸⁵.

946. La corrélation entre la pathologisation de la stérilité et la protection de l'institution familiale est explicitement mise en avant lors de ces débats :

*« Nous avons voulu [...] qu'il y ait un couple et une indication médicale de stérilité [...] afin que, par définition, la PMA ne puisse s'adresser à des personnes seules, à des couples homosexuels »*²⁸⁸⁶ car la loi bioéthique est une « *législation dangereuse qui sape l'un des fondements de notre société, la famille et la parenté* »²⁸⁸⁷, qu'« *il s'agit de fabriquer non pas des enfants à part mais qui auront bien une famille et un destin normal d'enfant français* »²⁸⁸⁸.

947. Fonder l'AMP sur le respect des « lois de la nature » justifie ainsi l'exclusion des schémas familiaux non traditionnels, sans pour autant faire apparaître ces exclusions comme des discriminations car les demandeurs célibataires ou en couple avec une personne de même sexe sont considérés comme se trouvant dans une situation différente de celle des demandeurs hétérosexuels infertiles. En ce sens, la CEDH déclare dans un arrêt *Gas et Dubois contre France* que « *pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14* » de la Convention relatif à l'interdiction des discriminations « *il doit y avoir une différence dans le traitement des personnes placées dans des situations comparables* ». Or, pour la Cour,

²⁸⁸¹ AN, séance 1 du 25 novembre 1992, Jacques Barnot, p. 6054 : « *En premier lieu, la loi a fait clairement le choix de donner à l'enfant né d'une Procréation non naturelle une famille normale et bien accordée* ».

²⁸⁸² Sénat, 14 janvier 1992, Pierre Louvot, p. 144.

²⁸⁸³ CE, *Les lois bioéthiques : cinq ans après*, op. cit., p. 19.

²⁸⁸⁴ Sénat, 13 janvier 1994, Jacqueline Fraysse Cazalis, p. 124.

²⁸⁸⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Jacques Larché, p. 113. Voir aussi, Sénat 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 93 : « *Réserves plus ou moins marquées, si un tiers donneur intervient. C'est un apport extérieur qui permettra la naissance et ce fait n'est pas anodin pour le développement de l'enfant* ».

²⁸⁸⁶ AN, séance 3 du 24 novembre 1992, Jacques Toubon, p. 5974.

²⁸⁸⁷ AN, séance 2 du 19 novembre 1992, Christine Boutin, p. 5738.

²⁸⁸⁸ Sénat, 13 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 106.

« si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave. Ainsi, pour l'essentiel, l'ALAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes »²⁸⁸⁹.

948. La Cour valide donc sur le plan conventionnel le modèle *pseudo-procréatif* français et la construction juridique de l'AMP comme un soin. En 2018, la Cour rend un arrêt d'irrecevabilité dans l'affaire *Charron et Merle-Montet contre France*, considérant qu'elle ne pourrait pas réexaminer la question des conditions d'accès strictes à l'AMP en France car les requérantes n'avaient pas épuisé les voies de recours internes²⁸⁹⁰. Cette irrecevabilité est jugée « *inattendue* »²⁸⁹¹ par certains auteurs, qui soulignent que dans l'arrêt *S.A.S. contre France* de 2014 relatif à la conventionnalité de l'interdiction française de dissimuler son visage dans l'espace public²⁸⁹², « *les juges européens avaient estimé que l'on ne pouvait pas reprocher [à la requérante] de n'avoir pas épuisé les voies de recours internes dans la mesure [...] où une décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 s'était prononcée en faveur de la conformité de la loi nouvelle aux exigences la liberté constitutionnelle de religion* ». Or, tel était aussi le cas en l'espèce, « *c'est ce qui n'avait pas échappé à Mmes Charron et Merle-Montet, victimes directes, elles, d'une application de la loi bioéthique dont les chances de succès étaient également compromises par une décision du Conseil constitutionnel* »²⁸⁹³. La CEDH n'opte toutefois pas pour la même interprétation de la condition d'épuisement des voies de recours. Jean Pierre MARGUÉNAUD considère à ce propos qu'« *on ne peut donc pas tout à fait écarter l'hypothèse suivant laquelle la Cour instrumentaliserait la condition d'épuisement des voies de recours internes selon qu'elle estime avoir des choses importantes à dire plutôt sur le fond ou plutôt sur la recevabilité* »²⁸⁹⁴. En tout état de cause, la Cour ne remet pas en cause l'encadrement français de l'AMP.

949. Le droit de l'AMP favorise ainsi le modèle familial traditionnel, normalisant par ce biais à la fois l'institution familiale et la parenté qui la compose ; celle-ci devant être hétérosexuelle pour être considérée comme assez « normale » par le droit pour pouvoir être aidée à procréer par le biais d'une AMP. Il est possible de considérer que cette normalisation participe de l'idée selon laquelle un enfant « *a besoin d'un père et d'une mère* ». Elle encourage ainsi l'idée de la nécessaire binarité des sexes et une appréhension genrée des rôles parentaux. En effet, s'il apparaît nécessaire pour un

²⁸⁸⁹ CEDH, *Gas et Dubois contre France*, n° 2595107, §58-61 ; CEDH, *Charron et Merle-Montet contre France*, décision d'irrecevabilité, 16 janvier 2018, n° 2261215.

²⁸⁹⁰ CEDH, *Charron et Merle-Montet contre France*, décision d'irrecevabilité, 16 janvier 2018, n° 2261215.

²⁸⁹¹ MARGUÉNAUD J.P., « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTD Civ.*, juillet 2018, p. 349.

²⁸⁹² CEDH, *S.A.S. contre France*, 1^{er} juillet 2014, n° 4383511.

²⁸⁹³ MARGUÉNAUD J.P., « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *op. cit.*, p. 349.

²⁸⁹⁴ *Ibid.* ; cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

enfant d'avoir un père et une mère c'est parce qu'il est postulé que ces rôles parentaux et sociaux sont complémentaires - et donc distincts en fonction du sexe de la personne qui l'exerce. La normalisation de l'institution familiale passe ainsi par une normalisation de la parenté qui suppose une normalisation des rôles parentaux au regard des normes de genre. La remise en question de cette idée est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles il est actuellement question que les conditions d'accès à l'AMP soient modifiées.

b. Vers une remise en cause ?

950. Depuis plusieurs années, un certain nombre de voix s'élèvent pour critiquer, au regard notamment du principe d'égalité, les conditions restrictives posées par le droit français. En parallèle du courant militant LGBT, des institutions officielles comme le Haut conseil pour l'égalité entre les femmes et les hommes, le Conseil national de l'ordre des médecins²⁸⁹⁵ ou le CCNE se sont notamment exprimés, respectivement en 2015 et en 2017, en faveur de l'ouverture de l'AMP à toutes les femmes²⁸⁹⁶.

951. Dans un avis du 26 mai 2015, le Haut conseil considère que « *limiter l'accès à la PMA aux couples hétérosexuels constitue une discrimination en raison de la sexualité et de la conjugalité* »²⁸⁹⁷. Elle estime que

*« la demande des couples de lesbiennes d'accéder à la PMA découle de l'observation qu'il existe aujourd'hui un arrangement social pour certains couples infertiles ayant un projet parental auquel elles-mêmes n'ont pas accès en raison de leur orientation sexuelle qui les disqualifie pour formuler et porter un tel projet »*²⁸⁹⁸ et « *qu'une femme [célibataire] peut aujourd'hui accéder à l'arrangement social que constitue la PMA sous la seule condition d'être en couple avec un homme. Si elle n'est pas en couple, elle ne peut accéder à cet arrangement* »²⁸⁹⁹.

952. Le Haut conseil considère dès lors que ces différences de traitement ne sont pas légitimes et que « *ne pas reconnaître la légitimité d'un projet mono ou homoparental par PMA est incohérent au regard du droit* » qui autorise l'adoption « *et de la réalité de la parenté* »²⁹⁰⁰ aujourd'hui très diversifiée. Elle se prononce ainsi expressément en faveur de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires.

953. Dans un avis du 15 juin 2017, réitéré le 25 septembre 2018²⁹⁰¹, le CCNE se prononce lui aussi pour une telle ouverture ; en fondant son avis principalement sur « *la liberté de procréation des*

²⁸⁹⁵ CNOM, *Extension de l'AMP*, 20 septembre 2018.

²⁸⁹⁶ Voir également, en ce sens, l'avis du Défenseur des droits n° 15-18 du 3 juillet 2015.

²⁸⁹⁷ HCE, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, 26 mai 2015, p. 19.

²⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 21.

²⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 21.

²⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 21.

²⁹⁰¹ CCNE, Avis n° 129, *Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018-2019*, 25 septembre 2018.

femmes, valeur au fondement des sociétés démocratiques »²⁹⁰². Ainsi, « *la demande d'PLAD dans ce contexte s'inscrit dans une évolution historique d'émancipation des personnes, de revendications de liberté et d'égalité envisagées du point de vue de la personne qui demande l'accès à l'PLAD, quelle que soit la structure familiale destinée à accueillir l'enfant, et du point de vue de l'enfant* »²⁹⁰³. Il se prononce en faveur de la reconnaissance de l'autonomie des femmes car la relation qu'elles nouent avec l'enfant dans ces nouvelles structures familiales n'est pas fondamentalement différente de celles nouées dans le cadre de structures plus traditionnelles ; d'autant plus que « *la famille est en constante évolution, avec une augmentation des familles monoparentales, séparées, recomposées, et des enfants élevés dans des familles homoparentales* ». Il estime ainsi que

*« même si tout désir n'a pas vocation à être satisfait, on peut faire confiance au projet des femmes qui souhaitent accéder à la maternité en bénéficiant de procédures auxquelles, auparavant, elles n'avaient pas accès. Concevoir un enfant dans un contexte homoparental, par exemple, est un projet longuement réfléchi, concerté, qui fait de la grossesse un événement programmé et désiré. Ce serait au contraire le maintien du cadre légal actuel - qui réserve l'PLAD aux couples formés d'un homme et d'une femme - qui pourrait constituer une injustice de la part de la société à l'égard des demandeuses »*²⁹⁰⁴.

Qui plus est,

*« l'ouverture de l'PLAD à des personnes ne souffrant pas de pathologie responsable de la stérilité se concevrait pour pallier une souffrance ressentie du fait d'une infécondité secondaire à des orientations personnelles. Cette souffrance doit être prise en compte »*²⁹⁰⁵. Selon le CCNE, « *les arguments retenus en faveur de l'accès aux techniques d'AMP des couples de femmes et des femmes seules à l'PLAD sont de trois ordres : la demande des femmes et la reconnaissance de leur autonomie ; l'absence de violence liée à la technique elle-même ; la relation à l'enfant dans les nouvelles structures familiales* »²⁹⁰⁶.

954. Deux séries d'observations peuvent être faites à propos de l'avis du CCNE du 15 juin 2017 - repris en substance dans celui du 25 septembre 2018. D'une part, il témoigne d'une incontestable percée du paradigme autonomiste qui affaiblit le fondement jusqu'alors thérapeutique de l'AMP. Mais il demeure, d'autre part, sensible à l'importance de la binarité et de la complémentarité sexuelle dans les questions procréatives et de filiation. En effet, le CCNE précise qu'il convient de souligner

*« l'importance pour l'enfant que la vérité sur son origine lui soit révélée, y compris celle de l'intervention d'un donneur dans sa conception ; l'importance de tenir compte des repères sexués, symboliques et sociaux, au-delà du couple de femmes ou de la femme seule, et l'importance de tenir compte de l'absence d'un père dans les relations éducatives, dont on sait quel point de butée elle constitue, quelle que soit la position adoptée »*²⁹⁰⁷.

²⁹⁰² CCNE Avis n° 126, *Les demandes sociétales de recours à l'AMP*, op. cit., p. 18. Voir notamment, VIALLA F., « Assistance médicale à la procréation : avis du CCNE », *Dalloz*, 2017, p. 1365.

²⁹⁰³ *Ibid.*, p. 25.

²⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 27.

²⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 23.

²⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 27.

²⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 27.

955. La référence aux « *repères sexués, symboliques et sociaux* » tend ici à soutenir l'idée selon laquelle l'exercice de certaines fonctions parentales serait dépendant du sexe de la personne. Il en va de même de la nécessité, selon lui, de « *prendre en compte l'absence du père dans les relations éducatives* »²⁹⁰⁸ et de s'interroger sur la « *place du père dans la structure familiale* »²⁹⁰⁹. Le CCNE ne semble pas ici considérer que la fonction paternelle - ou la manière dont on pense traditionnellement le rôle de père - est une construction sociale et que cette fonction pourrait également être remplie par une femme. Il l'appréhende davantage comme une caractéristique inhérente à l'identité masculine. Même s'il précise que

*« dans une autre vision, la fonction paternelle n'est pas identique, ni réductible à la différence des sexes. Dans l'inconscient de l'enfant, le couple parental est formé d'un père et d'une mère plutôt que d'un homme et d'une femme. L'absence d'homme dans le foyer ne veut pas dire que l'enfant exclut la représentation symbolique du père, pas plus que la représentation de l'autre sexe »*²⁹¹⁰,

sa référence en conclusion aux *repères sexués* porte à croire qu'il postule bien la nécessité pour l'enfant de se représenter des rôles sociaux et parentaux différents en fonction des sexes ; de sorte que sa position ne semble pas radicalement remettre en question les fondements genrés - et par principe hétérosexués - de l'AMP en droit français.

956. Le Conseil d'État, dans son rapport sur la réforme des lois bioéthiques de 2018, opte, quant à lui, pour une position plus nuancée. Considérant que « *le droit ne commande, ni le statu quo, ni l'évolution [...]* » et qu'« *aucun principe juridique* » français ou d'engagement international « *n'impose l'extension de l'accès à l'AMP. Ni le fait que l'adoption soit ouverte aux couples de femmes et aux personnes seules, ni le principe d'égalité, ni le droit au respect de la vie privée, ni la liberté de procréer, pas plus que l'interdiction des discriminations, ne rendent nécessaire l'ouverture d'accès à l'AMP* »²⁹¹¹, il ne recommande aucune orientation spécifique sur cette question, estimant seulement que si l'AMP devait être ouverte aux couples de femmes, elle devrait alors être remboursée par la Sécurité sociale²⁹¹².

957. Jusqu'à la réforme annoncée des lois bioéthiques en 2018/2019 - dont on ne peut encore affirmer avec certitude qu'elle ouvrira l'AMP aux couples de femmes et/ou aux femmes seules - le droit français de l'AMP demeure fondé sur « *une alliance entre naturalisation des règles juridiques et modèle hétéronormatif* »²⁹¹³. Or, même si l'AMP tend à être présentée comme un soin visant à compenser les

²⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 28.

²⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 22.

²⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 22.

²⁹¹¹ CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain, op. cit.*, p. 49.

²⁹¹² *Ibid.*, p. 56.

²⁹¹³ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », in ZATTARA-GROS A.F., *Bioéthique et genre, op. cit.*, p. 31.

défaillances de la nature, il importe désormais de montrer que l'encadrement actuel n'est pas lié à la seule observation des lois de la nature²⁹¹⁴ - incontestables car scientifiquement véridiques - mais découle d'un choix politique : celui de sauvegarder une certaine conception de la famille, celle qui correspond à un certain standard de la *normalité*.

2. Modèle *pseudo-procréatif* et artifices

958. Rien n'imposait au législateur de construire l'AMP sur un modèle *pseudo-procréatif*. Deux séries d'éléments permettent de déconstruire l'idée selon laquelle l'AMP *devait* nécessairement être calquée sur le modèle de la procréation naturelle. En premier lieu, l'inclusion, parmi les règles gouvernant l'accès à l'AMP, de conditions qui ne gouvernent pas la procréation naturelle tend à mettre en lumière les artifices sur lesquels repose la construction juridique de l'AMP²⁹¹⁵. Cette inclusion tend à prouver que le modèle de la procréation naturelle ne relève pas de la nécessité (a). En deuxième lieu, il est possible d'interroger la construction de la stérilité comme une maladie (b).

a. Projet parental, condition de vie commune : des conditions sociales

959. L'analyse de deux conditions d'accès présente en 1994 - celle de projet parental²⁹¹⁶ et celle de stabilité du couple²⁹¹⁷ - montre que le droit ne cherche pas à copier le modèle de la procréation charnelle mais bien à définir le cadre familial idéal à la production de la vie.

960. Concernant la première condition, la loi de 1994 dispose que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* ». Le législateur conditionne donc l'accès à l'AMP à l'existence d'un projet parental alors même que la procréation charnelle n'est, elle, jamais subordonnée à l'existence d'un tel projet. Plus encore, comme le montrent les débats parlementaires, le législateur considère qu'« *un projet parental mené, par un couple constitué selon les normes reconnues par notre société est un préalable impératif* »²⁹¹⁸ à l'accès à l'AMP. Ainsi, cette notion de projet ne renvoie pas à n'importe quel projet parental mais au projet présenté par certains couples

²⁹¹⁴ Sénat, 14 janvier 1992, Pierre Louvot, p. 144 : « *La procréation hétérologue trahit inévitablement les principes dans lesquels s'enracine la loi naturelle. La famille doit être protégée contre toute pratique dissolvante* ». Dans le même sens, Sénat, 13 janvier 1994, Jacqueline Fraysse Cazalis, p. 124. Voir également, LABRUSSE-RIOU C., BAUDOUIN J.L., *Produire l'homme, de quel droit ? - étude juridique et éthique des procréations artificielles*, op. cit., p. 155.

²⁹¹⁵ Sur ce point, voir notamment, BELLIVIER F., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 10.

²⁹¹⁶ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Denise Cacheux, p. 5822 : « *Les PMA sont donc légalisées mais réservées au traitement de la stérilité pour des couples en âge de procréer et ayant un projet parental : pas de PMA pour convenance personnelle* » ; dans le même sens, AN, séance 3 du 24 novembre 1992, Bernard Bioulac, p. 5973.

²⁹¹⁷ Sénat, 15 juin 1994, Jean François Mattéi, p. 3038 : « *Parce que nous voulons assurer la stabilité, prendre par avance la défense de l'enfant [...]* » ; dans le même sens, Sénat, 18 mai 1994, Jean Chérioux p. 1641 ; Sénat, 18 mai 1994, Hélène Missoffe, p. 1642.

²⁹¹⁸ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Élisabeth Hubert, p. 5801.

seulement : ceux qui sont reconnus comme légitimes par la société pour le formuler, c'est-à-dire *a minima* les couples hétérosexuels. Une telle condition n'est donc aucunement *naturelle* puisqu'elle suppose le respect des normes *reconnues par la société*. En effet, dans l'état de nature, seule la rencontre entre un ovocyte et un spermatozoïde est nécessaire à la procréation, et non l'existence d'un *projet parental* entre le pourvoyeur de sperme et la pourvoyeuse d'ovocyte. Le législateur procède donc ici à une « *redéfinition du naturel* »²⁹¹⁹. Ce faisant, il confère à la règle de droit deux fonctions essentielles. Tout d'abord, cette condition soutient la mise en œuvre des processus de *responsabilisation*²⁹²⁰ dont on a vu qu'ils sont un élément central de la légitimation de l'AMP²⁹²¹. En effet, la condition de projet parental renvoie à l'idée selon laquelle engendrer est une grande responsabilité²⁹²² : le projet d'enfanter doit avoir été *planifié* et *rationalisé*²⁹²³. Le couple doit montrer aux médecins qu'il a réfléchi aux conditions du bon développement de l'enfant - tant d'un point de vue social, affectif, psychologique, matériel que financier - et qu'il désire *vraiment* être parent²⁹²⁴. C'est donc la naissance d'un enfant au sein d'un couple faisant preuve de rationalité et de planification qui est favorisée. Ensuite, cette condition renforce le pouvoir décisionnel accordé aux médecins dans le cadre des procédures d'AMP²⁹²⁵. En effet le médecin, qui doit vérifier la légitimité des demandes qui lui sont présentées²⁹²⁶, est implicitement autorisé par la loi - *via* cette condition de projet parental - à rejeter les demandes socialement inadmissibles, telles que celles émanant, par exemple, de personnes incarcérées²⁹²⁷. En lui demandant d'évaluer l'existence d'un *projet parental*, le législateur délègue implicitement aux médecins le pouvoir d'évaluer la qualité de *bons parents* des demandeurs, s'assurant une fois de plus que la vie qui sera créée par le biais d'une AMP se développera, autant que faire se peut, dans un cadre adapté à son développement en *vie bonne*.

²⁹¹⁹ LÖWY I., « La fabrication du naturel : l'AMP dans une perspective comparée », *Tumultes*, 2006/1, n° 26 p. 43.

²⁹²⁰ En ce sens, voir également, THERY I., LEROYER A.M., *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*

²⁹²¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

²⁹²² AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5724 ; Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 94.

²⁹²³ On peut faire un parallèle ici avec les débats relatifs à la libéralisation de la contraception : Sénat, Lucien Neuwirth, 30 octobre 2000 ; Sénat, 7 novembre 1974, Robert Swint, p. 1650 : « *Nous pensons que l'enfant désiré, souhaité, attendu avec impatience et avec amour sera l'élément d'épanouissement du couple et trouvera tout naturellement sa place dans la famille et dans la société, avec les plus grandes chances d'être un maillon de plus, un maillon solide, d'une nation moderne* ». Voir également BECK-GERNSHEIM E., *Was kommt nach der Familie? Einblicke in neue Lebensformen*, Berlin, C.H. Beck, 2000, p. 110.

²⁹²⁴ CCNE, Avis n° 40, *Le transfert d'embryons après décès du conjoint ou du concubin*, 17 décembre 1993 : « *Double volonté d'un homme et d'une femme de concevoir un enfant et de l'élever ensemble* ».

²⁹²⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 94 : « *On peut admettre de corriger de manière responsable les défaillances de la nature mais certainement pas de bouleverser l'ordre naturel* ».

²⁹²⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2). Voir aussi LABRUSSE-RIOU J., BAUDOIN J. L., *Produire l'homme, de quel droit ? - étude juridique et éthique des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 160.

²⁹²⁷ En ce sens, voir notamment CEDH, *Dickson contre Royaume-Uni*, n° 44362/04. Voir aussi, PULMAN B., *Mille et une façons de faire les enfants, la révolution des méthodes de procréation*, Paris, Calmann-Lévy, 2010, p. 78 : « *Parmi les cas dont nous avons été témoin, les refus de prise en charge sont extrêmement rares [...]. Cependant, certains dossiers sont inquiétants au point de justifier un refus. Un praticien témoigne : par exemple, nous avons refusé une demande d'LAID à un couple dont la femme avait été hospitalisée en psychiatrie à la suite d'un infanticide pratiqué sur une enfant de 2 ans née d'une première union, au motif du risque de récurrence* ».

961. Même si, en 2004, la condition de projet parental disparaît explicitement de la liste des conditions d'accès posée par l'article L2141-2 CSP²⁹²⁸, elle persiste toutefois implicitement dans l'article L2141-10 CSP qui dispose que « *la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, qui [...] doivent notamment vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption* ». Par ce biais, le médecin demeure en position d'exercer un contrôle sur la légitimité de la demande²⁹²⁹. Il est toujours appelé, fût-ce implicitement, à vérifier, dans le cadre des entretiens préliminaires, l'existence d'un projet parental sérieux, rationnel et planifié. Cette condition persiste par ailleurs comme condition de survie des embryons surnuméraires²⁹³⁰. En effet, si le couple souhaite conserver certains embryons surnuméraires pour la réalisation d'une future AMP, il doit prouver la pérennité de son projet parental. Or, dans la mesure où il n'est pas rare que des embryons surnuméraires soient créés et que le couple demande leur conservation²⁹³¹, le projet parental persiste donc comme condition d'accès à l'AMP dans un grand nombre de cas. Le législateur pose donc toujours comme condition d'accès à l'AMP une condition qui n'existe pas dans le cadre d'une procréation charnelle afin d'assurer à l'enfant à naître les meilleures conditions d'accueil possible. Par ce biais, il permet dès lors la mise en œuvre d'un processus de normalisation.

962. Il en va de même de la deuxième condition à analyser ici, celle relative à la stabilité du couple demandeur. En 1994, la loi impose en effet que le couple soit « *marié ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* ». Pourtant, dans un cadre naturel, il suffit d'un unique rapport sexuel pour que deux personnes fertiles procréent ; aucune stabilité dans leur relation n'est nécessaire à la production de la vie. La condition de vie commune d'au moins deux ans indique ici que l'AMP ne doit pas être quelque chose de frivole²⁹³². À l'instar de la condition alternative, relative au mariage, elle tend à vérifier le sérieux du couple demandeur et faciliter la sécurisation de la filiation de l'enfant. La lecture des débats parlementaires révèle que la finalité de cette condition est notamment d'éviter

²⁹²⁸ Article L2141-2 CSP (version 2004).

²⁹²⁹ PULMAN B., *Mille et une façons de faire les enfants, la révolution des méthodes de procréation*, op. cit., p. 79.

²⁹³⁰ Article L2141-3 alinéa 2 CSP : « *Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre. Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental* ».

²⁹³¹ Au 31 décembre 2015, 221 538 embryons congelés étaient conservés. Voir en ce sens, ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine*, 2016, AMP7.

²⁹³² Sénat, 15 juin 1994, Jean François Mattéi, p. 3038 : « *Parce que nous voulons assurer la stabilité, prendre par avance la défense de l'enfant [...]* ». Dans le même sens, Sénat, 18 mai 1994, Jean Chérioux p. 1641 ; Sénat, 18 mai 1994, Hélène Missoffe, p. 1642.

« les unions passagères où une femme demande à un homme - parlons crûment - d'avoir un enfant qu'elle élèverait toute seule, ensuite. Adieu le compagnon qui n'aura été qu'un géniteur grâce à la PMA ! C'est cela que nous redoutons. Nous soulignons que l'enfant à naître grâce à la science doit aussi être l'enfant de l'amour réciproque que se portent ses parents »²⁹³³.

963. Il est vrai qu'en 2011, la condition de mariage ou de vie commune de deux ans est supprimée de l'article L2141-2 CSP. Cependant, outre le fait qu'il est probable que *dans les faits* le médecin continue à s'assurer de la stabilité du couple, il demeure que, pendant 17 ans, cette condition a permis au législateur de pérenniser un certain modèle de la famille *idéale* en décalage total avec la réalité sociale²⁹³⁴ puisque ce ne sont rien de moins qu'1,2 million d'enfants qui ne vivent pas avec leurs deux parents²⁹³⁵ et 1,76 million d'enfants qui n'en ont qu'un²⁹³⁶.

964. Dans la mesure où la procréation naturelle ne suppose aucune forme de vérification, ni ne repose sur quelque exigence de stabilité du couple ou de projet parental, il faut conclure que, loin de se calquer sur la procréation naturelle de ce point de vue, le modèle *pseudo-procréatif* résultant du cadre législatif applicable à l'AMP a vocation à constituer un *modèle* de ce que *devrait* être une famille normale²⁹³⁷, bien plus qu'il ne cherche à correspondre à la réalité sociale des modèles familiaux contemporains²⁹³⁸. L'absence de corrélation nécessaire entre le mécanisme de la procréation naturelle et celui choisi par le législateur pour l'AMP se déduit également des interrogations qui peuvent être formulées en ce qui concerne la pathologisation de la stérilité.

b. La stérilité : une condition sociale ?

965. L'ordre juridique français, à l'instar de la classification internationale des maladies établie par l'OMS²⁹³⁹, appréhende la stérilité comme une maladie. La prise en charge à 100 % de la stérilité est en effet prévue par la Sécurité sociale depuis 1978²⁹⁴⁰. En ce qui concerne plus spécifiquement l'AMP, il a été démontré que celle-ci se fonde sur une pathologisation de la stérilité²⁹⁴¹. Notons cependant, qu'appréhender la stérilité comme une maladie ne relève, ni de l'évidence, ni de la nécessité.

²⁹³³ Sénat, 18 mai 1994, Helène Misoffe, p. 1613.

²⁹³⁴ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 65.

²⁹³⁵ Voir les chiffres pour 2009, disponibles sur <http://www.insee.fr/fr/statistiques/1280667>.

²⁹³⁶ Voir les chiffres pour 2005, disponibles sur <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281271>.

²⁹³⁷ ROZÉE V., MAZUY M., « L'infertilité dans les couples hétérosexuels : genre et « gestion » de l'échec », *Sciences sociales et santé*, 2012/4, Vol. 30, p. 6.

²⁹³⁸ Sur le constat d'un tel décalage CHABAULT-MARX C., « La filiosité du juge français face à l'insémination *post mortem* », *Dalloz*, 2009, p. 2758 ; MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*

²⁹³⁹ CIM 10 n° 46 pour l'homme ; CIM 10 n° 97 pour la femme.

²⁹⁴⁰ ENGELI I., *Les politiques de la reproduction, les politiques d'avortement et de PMA*, *op. cit.*, p. 135.

²⁹⁴¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

966. Tout d'abord, au-delà de la seule question de la stérilité, la notion de maladie est « *plus complexe qu'elle n'y paraît* »²⁹⁴². En effet, « *la maladie et la santé apparaissent spontanément comme des phénomènes organiques, physiologiquement déterminés* »²⁹⁴³ et pourtant, « *la notion de construction sociale de la maladie est devenue un terrain familier pour les sciences sociales* »²⁹⁴⁴. Les sciences sociales ont en ce sens déjà démontré²⁹⁴⁵ que chaque « *connaissance scientifique reflète aussi des croyances et des valeurs sociales* »²⁹⁴⁶ et que « *chaque diagnostic se construit dans l'interaction du patient et du médecin et de la représentation respective de la pathologie, témoignant d'un moment historique et d'un contexte social donnés* »²⁹⁴⁷. De manière encore plus générale, « *la science n'est pas un objet naturel à simplement décrire, comme le pouvoir ou l'État, elle est une notion construite et initiée par les acteurs eux-mêmes, partielle, partisane et historique* »²⁹⁴⁸. Le fait que l'homosexualité ait pu autrefois être considérée comme une maladie mentale souligne le caractère partiellement construit des qualifications médicales²⁹⁴⁹. De la même manière, les récentes études critiques sur l'indice de masse corporelle seront peut-être susceptibles de faire osciller les critères de ce qui doit désormais être considéré comme une surcharge pondérale pathologique²⁹⁵⁰. La distinction entre le normal et le pathologique est ainsi susceptible de varier dans le temps et l'espace.

967. En ce qui concerne ensuite la question spécifique de la stérilité, l'absence de qualification uniforme entre les ordres juridiques français et allemand sur cette question révèle *prima facie* qu'il n'y a rien d'évident à la penser comme une maladie. Cela est d'autant moins évident que la stérilité n'emporte pas une altération physique de l'état de santé d'une personne²⁹⁵¹. On ne souffre pas physiquement des conséquences de la stérilité. La stérilité ne constitue une souffrance - psychologique²⁹⁵² - que si l'on essaye, sans succès, de procréer. Mais si la procréation n'est pas vitale à la survie d'un être humain, peut-on dès lors considérer que sa non-réalisation constitue une maladie ? En effet, « *la stérilité peut être vécue de manière durable sans difficulté, tant que les personnes ne*

²⁹⁴² CATHEBRAS P., « Qu'est-ce qu'une maladie », *Revue médicale interne*, 1997, n° 18, p. 809.

²⁹⁴³ BROUTELLE A.C, LEMORVAN F., « La construction sociale des maladies », *Regards croisés sur l'économie*, n° 5, 2009/1, p. 248.

²⁹⁴⁴ BROUTELLE A.C, LEMORVAN F., « La construction sociale des maladies », *op. cit.*, p. 248 ; CATHEBRAS P., « Qu'est-ce qu'une maladie », *op. cit.*, p. 809.

²⁹⁴⁵ Notamment, CANGUILHEM G., *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 12^{ème} édition, 2013.

²⁹⁴⁶ CATHEBRAS P., « Qu'est-ce qu'une maladie », *op. cit.*, p. 809.

²⁹⁴⁷ *Ibid.*

²⁹⁴⁸ PESTRE D., *Introduction aux sciences studies*, Paris, La découverte, 2006, p.7.

²⁹⁴⁹ Elle n'est retirée de la CIM-10 qu'en 1990.

²⁹⁵⁰ DE SAINT POL T., *Le corps désirable, hommes et femmes face à leur poids*, Paris, PUF, 2010, p. 79 ; ROUSSEAU A., « L'institutionnalisation des fat studies : l'impensé des "corps gros" comme modes de subjectivation politique et scientifique », *Démarches méthodologiques et perspectives féministes*, Vol. 29, n° 1, 2016, p. 12.

²⁹⁵¹ MEHL D., *Naître ? La controverse bioéthique*, Montrouge, Bayard, 1999, p. 33.

²⁹⁵² Voir notamment, AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5783 ; Sénat, 13 janvier 1992, Douste Blazy ; Sénat, 13 janvier 1992, Bernard Seillier, p. 116 ; Sénat, 13 janvier 1994, Charles Descours, p. 122 ; Sénat, 14 janvier 1994, Alain Vasselle.

cherchent pas à avoir d'enfants»²⁹⁵³, elle peut même être ignorée du sujet lui-même. « *De même, avant le développement de la médecine de la reproduction, l'adoption, qui n'a rien de médical, a permis et permet toujours de devenir parent [...]* »²⁹⁵⁴. D'ailleurs, comme le souligne Marie Xavière CATTO, ce n'est pas la stérilité en tant que telle qui est appréhendée par le droit comme un problème médical mais la « *seule stérilité d'un couple hétérosexuel* »²⁹⁵⁵. Une personne célibataire médicalement stérile n'est pas justiciable d'une réponse médicale car sa vie et sa santé ne sont en rien diminuées²⁹⁵⁶. L'État ne répond qu'à la demande de procréation d'un couple hétérosexuel qui est considéré comme stérile car il est présumé naturellement fécond²⁹⁵⁷. En ce sens, le Code de santé publique dispose que « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple* » ; alors même que c'est rarement le couple qui est infertile mais le plus souvent l'un de ces membres. Ce n'est néanmoins pas la stérilité de ce membre que soigne l'AMP mais celle du couple. Pourtant, dans 15 % des cas, la cause de la stérilité n'est pas physiologique²⁹⁵⁸. Le droit admet malgré tout l'accès des couples hétérosexuels à l'AMP considérant ainsi qu'il « *n'y a pas d'AMP de convenance chez les couples hétérosexuels, bien qu'ils n'aient aucun besoin d'avoir de problèmes physiques pour y avoir accès* »²⁹⁵⁹. Comme le montre cette même auteure, cela s'explique par le fait qu'il ne s'agit pas ici de

« *présupposer un corps universel normal mais un corps sexué normal : il n'est pas normal pour tout individu d'avoir des spermatozoïdes mais d'en avoir pour un homme* »²⁹⁶⁰. Par conséquent, « *un diagnostic d'aspermie ne peut être posé que pour un homme en couple avec une femme ; alors qu'une femme en couple avec une femme a également une aspermie, le diagnostic n'est pas posé parce que c'est une femme* ». Pourtant, « *aucune différence de situation et de réalisation du traitement par une équipe médicale n'existe entre un couple de femmes et un couple hétérosexuel dont l'homme souffre d'aspermie : une insémination avec un tiers donneur de sperme est nécessaire afin d'obtenir une grossesse* »²⁹⁶¹.

968. La différence de traitement établie est justifiée par le Conseil constitutionnel - dans sa décision relative à la constitutionnalité de la loi de 2013 sur le mariage pour tous - par une différence de « *situation objective* » entre les « *couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de*

²⁹⁵³ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, op. cit., p. 132. Dans le même sens, THERY I., *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, op. cit., p. 268 ; THOUVENIN D., « Le droit aussi a ses limites », in TESTART J., *Le magasin des enfants*, Paris, Gallimard, 1994, p. 303.

²⁹⁵⁴ *Ibid.*

²⁹⁵⁵ CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., §481.

²⁹⁵⁶ *Ibid.*, 481. Voir aussi, IACUB M., *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 199 ; THERY I., *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 99 et p. 267 ; BAUDOUIN J.-L., LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme de quel droit ?*, op. cit., p. 24, p. 156 ; LÖWY I., « Assistance médicale à la procréation (AMP) et traitement de la stérilité masculine en France », op. cit., p. 78.

²⁹⁵⁷ CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 467.

²⁹⁵⁸ *Ibid.*

²⁹⁵⁹ *Ibid.*

²⁹⁶⁰ *Ibid.*

²⁹⁶¹ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, op. cit., p. 132.

personnes de même sexe»²⁹⁶². Le 28 septembre 2018, le Conseil d'État refuse de transmettre une demande de QPC au Conseil constitutionnel quant à la constitutionnalité des conditions légales d'accès à l'AMP, potentiellement contraire au principe d'égalité. Il estime que « le législateur a entendu que l'assistance médicale à la procréation ait pour objet de remédier à l'infertilité pathologique d'un couple sans laquelle celui-ci serait en capacité de procréer. La différence de traitement, résultant des dispositions critiquées, entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit et n'est, ainsi, pas contraire au principe d'égalité »²⁹⁶³. Dans la mesure où cette différence résulte principalement du seul constat de non-procréation, qui est pourtant également observable dans un couple de femmes ; il faut en conclure que c'est bien la notion de *couple* hétérosexuel qui structure ici la pathologisation de la stérilité. La pathologisation de la stérilité dépend donc de la manière dont ont été pensés le *bon* projet parental et le *bon* couple parental.

969. La qualification de la stérilité comme maladie - et donc de l'AMP comme thérapeutique - n'est ainsi pas incontestable²⁹⁶⁴. D'ailleurs, ce n'est qu'en 1994, lorsque le législateur décide de réglementer les pratiques d'AMP - jusqu'alors gérées de manière autonome par le corps médical - que l'AMP est expressément présentée comme un soin. Auparavant, la question ne semble pas se poser en ces termes : « Les techniques de PMA ont fait l'objet d'une construction sémantique et juridique a posteriori pour pouvoir être présentées comme relevant d'une nécessité médicale »²⁹⁶⁵.

970. Le droit français, par le biais du modèle *pseudo-procréatif*, dessine ainsi le modèle idéal de ce que *devrait* être la *bonne* famille. Il met donc en œuvre des processus de normalisation. Or, l'efficacité de ces processus de normalisation repose sur l'*invisibilisation* du modèle *pseudo-procréatif*. En effet, le modèle *pseudo-procréatif* fonctionne grâce à une fiction : prétendre que l'enfant est le fruit d'un rapport sexuel charnel et maintenir l'illusion selon laquelle un homme et une femme - et plus exactement un père et une mère - et non pas seulement un gamète et un ovocyte - sont nécessaires à l'engendrement. Partant, afin que le subterfuge naturaliste soit parfait²⁹⁶⁶, le droit français s'est

²⁹⁶² Conseil constitutionnel, DC n° 2013-669, 17 mai 2013, «Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », considérant 44.

²⁹⁶³ CE, 28 septembre 2018, n°421899.

²⁹⁶⁴ En ce sens, voir aussi, CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 64 ; THERY I., *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, p. 268 ; THOUVENIN D., «Le droit aussi a ses limites », in TESTART J., *Le magasin des enfants*, *op. cit.*, p. 303 ; IACUB M., «Le médecin face à la procréation légalement assistée », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 130.

²⁹⁶⁵ TAIN L., « Corps reproducteurs et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du Genre*, 2003/1, n° 34, p. 172 ; THERY I., *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, p. 267.

²⁹⁶⁶ Ce qui n'est pas chose aisée car « il n'est pas facile d'imiter la nature quand la technique s'en mêle » (BELLIVIER F., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 10).

structuré - de manière différente du droit allemand - autour d'un mécanisme visant à invisibiliser l'usage de la technique de l'IAD : le modèle du « *ni vu, ni connu* »²⁹⁶⁷.

B. La normalisation de l'institution familiale par le modèle du *ni vu, ni connu*

971. L'expression *ni vu, ni connu* vise à décrire l'un des éléments phares du modèle *pseudo-procréatif* français : l'invisibilisation de l'usage d'une technique d'AMP et particulièrement du recours à l'IAD. Historiquement cette invisibilisation s'explique par une volonté du corps médical de protéger les couples et les enfants de la stigmatisation sociale dont souffrent la stérilité et *a fortiori* le recours à la médecine reproductive²⁹⁶⁸. En 1994, le législateur aménage alors la possibilité pour les parents de dissimuler à l'enfant comme à son entourage social et familial les circonstances exactes de sa conception, et notamment le recours à un tiers donneur, en posant la règle de l'anonymat du don de gamètes et en sécurisant la filiation de l'enfant vis-à-vis de l'homme co-auteur du projet parental (1). Cependant, il convient de noter que ces règles ne sont pas dénuées d'ambiguïté. En effet, si elles tendent certes à s'assurer que l'aspect *volontariste* de la filiation - et singulièrement de la filiation paternelle - ne pourra pas être remis en question par le donneur, elles tendent aussi à invisibiliser le rôle du donneur, avant tout perçu comme un potentiel concurrent pour le père. Or, cette mise en concurrence peut être vue, notamment au regard des réticences de l'ordre juridique vis-à-vis l'IAD, comme venant au soutien d'une conception de génétique la famille, proche de celle défendue par le modèle allemand (2).

1. Le modèle du *ni vu, ni connu* : l'invisibilisation du recours à AMP

972. La règle de l'anonymat du donneur, érigée en pilier des lois bioéthiques françaises²⁹⁶⁹, est le premier verrou assurant la pérennité du modèle du « *ni vu, ni connu* »²⁹⁷⁰. Initialement consacrée dans le cadre du don de sang²⁹⁷¹, cette règle est historiquement justifiée par la nécessité d'assurer la gratuité et le caractère volontaire des dons²⁹⁷². En effet, si le receveur ne connaît pas le donneur, il ne peut, ni le rémunérer pour son don, ni exercer des pressions quelconques à son encontre²⁹⁷³. Cette règle - associée à certaines dispositions de droit de la filiation - est au cœur d'un mécanisme

2967 THERY, I., *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, op. cit., p. 38.

2968 DAVID G., « Don de sperme : le lien entre l'anonymat et le bénévolat », *Andrologie*, 2010, p. 63 ; BATEMAN S., « Le principe de l'anonymat du don de sperme : remarques sur son histoire et son application », *Andrologie*, 2011, p. 192.

2969 DELAISI DE PARSEVAL G., « Secret et anonymat dans l'AMP avec donneurs de gamètes ou le dogme de l'anonymat à la française », *Droits et cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, op. cit., p. 197.

2970 THERY, I., *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, op. cit., p. 38.

2971 DAVID G., « Don de sperme : le lien entre l'anonymat et le bénévolat », op. cit., p. 63.

2972 *Ibid.*

2973 *Ibid.*

qui empêche le donneur de contester le lien de filiation établi entre le père d'intention et l'enfant. Elle assure ainsi la fiction de l'acte procréateur charnel et, avec elle, la pérennité des processus de normalisation de l'institution familiale (a). Les apparences de la famille traditionnelle sont par ailleurs maintenues par une pratique médicale, celle de l'appariement, qui assure que l'enfant ressemblera physiquement à ses deux parents même lorsqu'ils n'ont pas la génétique en partage (b).

a. La règle de l'anonymat : l'impossible lien entre le donneur et l'enfant

973. À la différence du droit allemand, le droit français consacre un principe d'anonymat du don²⁹⁷⁴. L'article 16-8 du Code civil énonce, au titre des grands principes relatifs au corps humain, qu'*« aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur »*. Si la même disposition précise qu'*« en cas de nécessité thérapeutique [...] les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci »*, les parents et l'enfant ne peuvent, eux, jamais connaître l'identité du donneur. Historiquement, l'anonymat s'explique par la volonté d'invisibilisation tant de l'infertilité du père que de la transgression sociétale que constitue l'intervention du donneur²⁹⁷⁵ qui risque d'être perçue comme une sorte d'*« adultère médicalisé »*²⁹⁷⁶. Alors même que le modèle *pseudo-procréatif* prétend copier la nature, on constate que la règle de l'anonymat se fonde bien davantage sur une conception sociale, artificialiste, et en toute hypothèse non naturelle, de la famille. Le droit de l'AMP mime en effet le modèle matrimonial structuré autour de la présomption de paternité du mari²⁹⁷⁷ et de l'idée selon laquelle c'est le mariage - ou le couple stable - qui engendre les enfants²⁹⁷⁸.

974. En parallèle, pour empêcher d'éventuels désaveux de paternité de la part d'hommes qui avaient pourtant préalablement consenti à une IAD²⁹⁷⁹, le législateur de 1994 sécurise le lien de filiation de l'enfant né par AMP. Le législateur prévoit alors

qu'*« en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation »*²⁹⁸⁰. Parallèlement, *« celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers*

²⁹⁷⁴ Pour son historique, voir notamment, DEPADT V., *Anonymiser la vie - Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, Paris, LGDJ, p. 23 et suivantes.

²⁹⁷⁵ MEHL D., *Les Lois de l'enfantement - procréation et politique en France (1982-2011)*, op. cit., p. 12.

²⁹⁷⁶ THERY I., *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, op. cit., p. 35 ; BATEMAN S., « Le principe de l'anonymat du don de sperme : remarques sur son histoire et son application », op. cit., p. 192.

²⁹⁷⁷ THERY I., LEROYER A.M., *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 38.

²⁹⁷⁸ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

²⁹⁷⁹ TGI Nice, 30 juin 1976 ; note Paillet, JCP, 1977, I, p. 48 ; CA, Toulouse 21 septembre 1987 ; note Huet-Weiller, *Dalloz*, 1988, p. 184 ; CC, 1^{er} chambre, 10 juin 1990, n° 8815105 ; CA Paris, 29 mars 1991 ; note Sériaux, *Dalloz*, 1991, p. 562.

²⁹⁸⁰ Article 311-19 du Code civil.

l'enfant. Sa paternité est judiciairement déclarée»²⁹⁸¹. De plus, « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement a été privé d'effet »²⁹⁸².

975. Dès lors, l'enfant né d'une AMP sera nécessairement le fils de l'homme co-auteur du projet parental. La loi de 1994 souligne ainsi l'aspect *volontariste* de la filiation paternelle²⁹⁸³.

976. Son éventuelle remise en question est aujourd'hui discutée dans le cadre de la réforme des lois bioéthiques de 2018/2019²⁹⁸⁴. En effet, en cette dimension particulière d'anonymat du donneur de gamètes, le modèle *pseudo-procréatif* est, depuis une dizaine d'années environ, soumis à une fragilisation sans précédent en raison de la montée en puissance du paradigme du droit à la connaissance de ses origines²⁹⁸⁵, consacré notamment par la jurisprudence de la CEDH²⁹⁸⁶.

977. À l'heure actuelle, le droit français demeure structuré autour d'une approche *pseudo-procréative* de l'AMP, protégée par le modèle du *ni vu, ni connu*, ce qui permet la réalisation de processus de normalisation. Par ce biais, le droit sécurise le lien juridique entre le père d'intention et l'enfant, semblant *prima facie* faire de la volonté le fondement principal de la filiation dans le cadre de l'AMP. En ce sens, on peut lire lors des débats au Sénat en janvier 1994 que cette règle entend « souligner la responsabilité des parents vis-à-vis de l'enfant né à l'aide de PMA, dans les cas d'utilisation de gamètes extérieurs au couple. Aussi bien la mère que le père, auteurs du projet parental, doivent s'engager et assumer leur rôle. La loi doit garantir la protection de cet enfant »²⁹⁸⁷. La protection de l'enfant - à comprendre ici comme la possibilité pour ce dernier de ne pas découvrir qu'il est issu d'un don de gamète - est également assurée par la pratique médicale de l'appariement, que le droit soutient.

²⁹⁸¹ Article 311-20 du Code civil.

²⁹⁸² Article 311-20 du Code civil. Lorsqu'il n'y a pas eu de recours à un tiers donneur, les règles de droit commun s'appliquent à l'égard de l'homme en apparence co-auteur du projet parental. Voir en ce sens, CC, 1^{ère} chambre civile, 16 mars 2016, n° 1513427. SUPIOT E., « La PMA de complaisance aux prises avec le droit commun, note sous Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, n° 1513427 », *RJPF*, 2016-6/27, p. 34.

²⁹⁸³ Voir en ce sens, avant l'intervention législative, CA Paris, 29 mars 1991 ; note Sériaux, *Dalloz*, 1991, p. 562. Voir également CC, 1^{ère} chambre, 10 juin 1990, n° 8815105. Voir aussi, KERNALÉGUEN F., « Les incidences de la biomédecine sur la parenté en droit », in FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.C., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 110.

²⁹⁸⁴ Notamment, CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 95 ; CCNE, Avis n° 129, *Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018-2019*, *op. cit.*, p. 124.

²⁹⁸⁵ Voir notamment, DEPADT V., *Anonymiser la vie - Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, Paris, LGDJ, p. 43.

²⁹⁸⁶ Voir notamment, CEDH, *Odèvre contre France*, 13 février 2003, n° 4232698, §44 ; CEDH, *Godelli contre Italie*, 25 septembre 2012, n° 3378309, §63 ; CEDH, *Mandet contre France*, 14 janvier 2016, n° 3095512, §56. Voir aussi, KERMALVEZEN A., *Mes origines : une affaire d'État*, Paris, Max Milo, 2014.

²⁹⁸⁷ Sénat 13 janvier 1994, Jacqueline Fraysse Cazalis, p. 126 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Monsieur le garde des Sceaux, p. 5827.

b. L'appariement, une pratique médicale encouragée par le droit

978. L'appariement est une pratique développée par les centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme (CECOS) qui consiste à organiser la mise en correspondance d'échantillons de gamètes issus du don avec des couples demandeurs engagés dans un parcours d'AMP. D'emblée, les CECOS pratiquent l'appariement en choisissant les donneurs en fonction de leur ressemblance phénotypique, c'est-à-dire de l'ensemble des traits observables chez un individu²⁹⁸⁸. Ils recherchent la ressemblance entre le père et le donneur de sperme et la mère et la donneuse d'ovocytes. Or, la liste des critères qui visent à garantir la ressemblance physique entre le parent et l'enfant est assez vaste : couleur de peau, d'yeux, de cheveux, taille, poids. Au-delà de ces critères, cette pratique de l'appariement prend aussi en compte le groupe sanguin²⁹⁸⁹ ; critère dont la spécificité mérite ici d'être soulignée. En effet, si les premiers critères tendent à préserver le secret de l'IAD vis-à-vis des tiers, tel n'est pas le cas du groupe sanguin. Un tel critère ne peut s'expliquer que par la volonté de préserver le secret vis-à-vis de l'enfant, afin qu'il ne découvre pas brusquement - s'il doit être transfusé en urgence après un accident, par exemple - que l'un de ses parents n'est pas nécessairement son géniteur ou sa génitrice. Ainsi,

« ce dernier exemple est en particulier éclairant du rôle qu'a joué l'organisation concrète de l'AMP dans l'émergence et la consolidation du modèle du ni vu, ni connu mis en lumière il y a quelques années. Car, le groupe sanguin ne se décelant pas à l'œil nu, c'est bien uniquement en regard du risque qu'un enfant conçu par don de sperme découvre de manière impromptue, plus tard dans sa vie, que son groupe sanguin n'est pas compatible avec celui de son père légal (et donc, que celui-ci ne peut être son père génétique), que ce critère d'appariement a été pris en compte »²⁹⁹⁰.

979. Clairement, l'objectif affiché de telles règles d'appariement est de permettre aux parents de ne pas révéler à l'enfant son mode de conception. Ainsi, depuis que la médecine reproductive s'exerce, « l'appariement [...] [s'exerce] sous strict et opaque contrôle médical : en dehors de tout texte, ce sont les médecins qui se sont arrogés le pouvoir de décider, sur la base de critères établis par eux seuls et soustraits, en cela, à toute forme de délibération et de discussion, quels échantillons de sperme provenant de quels donneurs allaient être utilisés pour quels couples de receveurs »²⁹⁹¹.

980. Cette pratique n'est pas remise en question par les acteurs juridiques²⁹⁹². Au contraire²⁹⁹³, elle est intégrée au corpus normatif de droit positif par un arrêté du 12 janvier 1999 qui dispose,

²⁹⁸⁸ POULANTZAS A., « L'anonymat dans la procréation médicalement assistée. Entretien avec Jean-Marie Kunstmann », *La Vie des idées*, 28 janvier 2011.

²⁹⁸⁹ JOUANNET P. (dir.), *Procréation, médecine et don*, Cachan, Lavoisier, 2^{ème} édition, 2016, p. 30.

²⁹⁹⁰ BELLIVIER F., HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* « La protection de la personne née d'une PMA impliquant un tiers », 7, 2017, §31.

²⁹⁹¹ BRUNET L., « PMA et catégories ethno-raciales : Penjeu de la ressemblance », in CANSÉLIER G., DESMOULIN-CANSÉLIER S., *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, Société de législation comparée, 2011, p. 135.

²⁹⁹² *Ibid.*

dans un paragraphe sur l'attribution et la cession des gamètes qu'« *un appariement entre le couple receveur et un donneur ou une donneuse est souhaitable, avec comme seul objectif de ne pas introduire de caractères discordants entre le couple et l'enfant à naître. Il s'effectue en tenant compte des caractéristiques physiques et, éventuellement, des groupes sanguins du couple receveur* »²⁹⁹⁴. En 2010, un nouvel arrêté précise que « *tout est mis en œuvre pour garantir l'anonymat, notamment en évitant les possibilités de contact entre la donneuse d'ovocytes et le couple receveur* »²⁹⁹⁵. Un arrêté du 30 juin 2017 précise néanmoins qu'« *un appariement entre le couple receveur et le donneur ou la donneuse de gamète prenant en compte les caractéristiques physiques et les groupes sanguins du couple receveur est proposé, dans la mesure du possible, et si le couple le souhaite* »²⁹⁹⁶. Ce nouvel arrêté suggère ici une éventuelle remise en cause par les pouvoirs publics de cette pratique de l'appariement. Cependant, la signification du texte n'est pas limpide : le médecin est-il désormais obligé de recueillir le consentement du couple pour réaliser ce type d'appariement ou ce dernier doit-il expressément souhaiter sa réalisation pour qu'elle soit mise en œuvre ?²⁹⁹⁷ Ce type d'appariement est-il désormais proposé *dans la mesure du possible* mais imposé dans les autres cas ? La formulation nous semble d'autant plus ambiguë que la référence faite aux souhaits du couple ne concerne que l'IAD et non le don d'embryon. Qui plus est, l'arrêté n'indique pas expressément que la réalisation de ce type d'appariement doit être conditionnée au recueil du consentement du couple, mais semble devoir toujours lui être proposée par principe²⁹⁹⁸. L'appariement, tel qu'il est ici conçu, n'a pour seul objectif que de repousser ou refuser à tout prix une des déclinaisons les plus communes, à l'étranger, de l'autonomie procréative : le choix par les couples du donneur sur catalogue et sur le fondement de critères qu'ils déterminent.

981. Même si ces arrêtés ne vont pas dans le détail de la pratique de l'appariement²⁹⁹⁹, ils tendent malgré tout à valider le principe d'une telle pratique de l'appariement³⁰⁰⁰. L'appariement, permettant la « *fabrique de ressemblance* »³⁰⁰¹, est ainsi un élément supplémentaire du modèle du *ni vu, ni connu*. La

²⁹⁹³ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5783. À propos d'un bébé de couleur noire né de parents de couleur blanche, grâce à l'appariement, le député précise que « *naturellement de tels incidents doivent être évités* » - défendant par ce biais la pratique d'un appariement de gamètes au regard de critères phénotypiques.

²⁹⁹⁴ Arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation.

²⁹⁹⁵ Arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

²⁹⁹⁶ Arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2009 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

²⁹⁹⁷ En ce sens, voir MATTIUSI J., *L'apparence de la personne physique - pour la reconnaissance d'une liberté*, Thèse de droit privé, Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne, 2016, p. 307.

²⁹⁹⁸ *Ibid.* p. 307.

²⁹⁹⁹ Laissant toujours au corps médical le soin de déterminer les critères pertinents, conformément à l'organisation juridique plus générale de l'AMP qui tend à lui accorder un grand pouvoir décisionnel : Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³⁰⁰⁰ THERY I., *Des humains comme les autres*, *op. cit.*, p. 39.

³⁰⁰¹ FORTIER C., « Quand la ressemblance fait la parenté », in PORQUERES I GENÉ E. (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Paris, éditions EHESS, 2009, p. 251 cité par MATTIUSI J., *L'apparence de la personne physique - pour la reconnaissance d'une liberté*, *op. cit.*, p. 307.

mise en place de cette technique médicale de l'appariement révèle alors que le corps médical et le droit ne se contentent pas de *pallier* les insuffisances de la nature dans le cadre de l'AMP³⁰⁰². L'appariement est en effet le fruit d'un *choix* - visant à éviter « *une dissemblance physique frappante* »³⁰⁰³ - justifié par la prise en compte de facteurs sociaux : lutter contre la stigmatisation du recours à l'IAD ou contre une perturbation personnelle trop importante du père ou de l'enfant.

982. Si l'ordre juridique opte pour une telle configuration, c'est pour soutenir le modèle *pseudo-procréatif* ainsi que la fiction juridique - de l'acte sexuel - qu'il sous-tend. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, cela tend également à soutenir une conception *génétique* de la famille : pourquoi, en effet, faire « comme si » l'enfant avait été engendré par son père si l'on admet pleinement que la génétique n'importe pas ?

2. Les ambivalences du modèle du *ni vu, ni connu* : la généticisation de la famille

983. Même si la règle de l'anonymat entend renforcer l'aspect *volontariste* de la filiation paternelle, elle tend également à protéger le père contre une remise en question, par le donneur, de la filiation qu'il a établie avec l'enfant. L'ordre juridique perçoit ainsi le donneur comme un concurrent pour le père (a). Or, cette règle, mise en perspective avec les réticences plus générales de l'ordre juridique vis-à-vis de l'IAD, suggère que ce dernier cherche à défendre une conception génétique de la filiation. Paradoxalement l'émergence de l'AMP a été l'occasion pour l'ordre juridique de renforcer la place de la génétique - et non l'artifice, comme il aurait été possible de le penser - dans l'institution familiale (b).

a. Les ambivalences de la règle de l'anonymat

984. Les ambivalences de la règle de l'anonymat³⁰⁰⁴ sont particulièrement visibles en droit français dans deux décisions du Conseil d'État du 12 novembre 2015³⁰⁰⁵ et du 28 décembre 2017³⁰⁰⁶. Dans les deux espèces, le Conseil d'État valide le refus de communication à la requérante

³⁰⁰² IACUB M., *Le crime était presque sexuel - et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 205 et p. 206.

³⁰⁰³ BRUNET L., « PMA et catégories ethno-raciales : l'enjeu de la ressemblance », in CANSELIER G., DESMOULIN-CANSELIER S., *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, op. cit., p. 144.

³⁰⁰⁴ Pour une approche plus générale : TAIN L., *Le corps reproducteur*, op. cit., p. 117.

³⁰⁰⁵ CE, 12 novembre 2015, Mme B., n° 372121 au Lebon ; *AJDA*, 2015, p. 2175 ; Dalloz, 2015, p. 2382 ; observations Dionisi-Peyrusse, *AJ famille*, 2015, p. 639 ; observations Binet, *Droit de la famille*, 2016. Étude 1 ; observations Mirkovic, *JCP*, 2016, p. 62. Voir aussi, HAUSER J., « Assistance médicale à la procréation : dis-moi qui est mon père ! », *RTDciv.*, 2016, p. 334. Voir aussi, HENNETTE-VAUCHEZ S., « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *AJDA*, 2012, p. 2115.

³⁰⁰⁶ CE, 27 novembre 2017, n° 396571. Voir notamment, DE MONTECLER M.C., « Pas de contrôle in concreto sur l'anonymat du donneur de gamètes », *Dalloz actualité*, 11 janvier 2018. Voir aussi, DEPADT V., *Anonymiser la vie - Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, Paris, LGDJ, p. 19 et suivantes.

d'informations, identifiantes ou non, relatives à son donneur de sperme. Au-delà de la solution, c'est ici le raisonnement du Conseil d'État qui mérite d'être analysé car ce dernier en appelle à « *l'équilibre des familles* »³⁰⁰⁷ pour justifier sa décision. Il considère en effet que le maintien de la règle de l'anonymat sert à éviter « *le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation* »³⁰⁰⁸. Le donneur n'est ainsi pas considéré ici comme un tiers qui a simplement offert ses gamètes mais comme un risque pour la stabilité de la famille³⁰⁰⁹. Même si une position plus nuancée semble être adoptée par la section consultative du Conseil d'État dans le rapport de 2018 sur la révision des lois bioéthiques³⁰¹⁰, dans le cadre contentieux, le Conseil présente ici le donneur comme un danger pour le père³⁰¹¹.

985. C'est également ainsi qu'est présenté le donneur lors des débats parlementaires du début des années 1990³⁰¹². Certains parlementaires³⁰¹³ déclarent que « *l'anonymat du don dans le cas de la procréation [...] pose d'une certaine manière le problème de la supériorité de la paternité sociale sur la paternité biologique* »³⁰¹⁴ ou s'interrogent sur « *l'intérêt ultime de l'enfant ? Faut-il laisser opposer dans un tel contexte père biologique et père affectif ?* »³⁰¹⁵. D'autres, même s'ils plaident en faveur de la supériorité de la paternité sociale, craignent une intervention du donneur susceptible de la remettre en cause :

« *Il importe d'éviter que donneur et receveur puissent se connaître et, plus généralement, qu'une information soit divulguée qui permettrait d'identifier l'une et l'autre des parties concernées. Comment pourrait-on laisser la porte ouverte à la sélection ou au chantage ? [...] Il n'y a pas de droit discrétionnaire à la connaissance de sa filiation. Le droit de l'un s'arrête où commence celui de l'autre et la liberté de taire sa paternité ou sa maternité doit également être préservée* »³⁰¹⁶.

986. En tout état de cause, la seule déclaration de volonté ne semble ainsi pas suffire à fonder, à elle seule, la paternité du père d'intention. Le maintien de l'anonymat procède certes d'une forme de respect de la liberté de choix des parents de cacher ou non le mode de conception de l'enfant. Cela étant, cet argumentaire - alors même que la loi empêche le donneur de remettre en cause la filiation du père - perpétue également l'idée selon laquelle le donneur représenterait nécessairement un risque pour le père. Il est, par conséquent, possible de se demander si la règle de « *l'anonymat*

³⁰⁰⁷ CE, 12 novembre 2015, Mme B., n° 372121, point 6 ; CE, 27 novembre 2017, n° 396571, point 6.

³⁰⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁰⁹ En ce sens, HAUSER J., « Assistance médicale à la procréation : dis-moi qui est mon père ! », *op. cit.*, p. 334.

³⁰¹⁰ CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 95.

³⁰¹¹ Voir également, BRAIBANT G., *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, *op. cit.* Voir aussi, NERSON R., « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD Civ.*, 1970, p. 678.

³⁰¹² En ce sens, KERMALVEZEN A., *Mes origines : une affaire d'État*, *op. cit.*, p. 215.

³⁰¹³ Contra : AN, séance 3 du 25 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 6053 « *La parenté d'amour dans la PMA devrait l'emporter sur la parenté biologique car l'enfant ainsi conçu ne devrait pas être ballotté au gré des caprices évolutifs d'un couple. L'enfant [doit avoir] un père et une mère, présents, vivants, consentants, qui le prennent en charge* ».

³⁰¹⁴ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Gérard Léonard, p. 5816.

³⁰¹⁵ Dans le même sens, AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5818.

³⁰¹⁶ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Monsieur le garde des Sceaux, p. 5827.

[...] [*ne dissimule*] [...] [*pas*] un manque de clarté sur ce qui constitue la paternité »³⁰¹⁷ en droit. En effet, si en matière d'AMP le législateur fait finalement primer le lien affectif sur le lien biologique, il considère l'opération comme suffisamment périlleuse pour exiger, simultanément, que l'intervention d'un tiers dans le processus procréatif soit cachée³⁰¹⁸. Au regard du contexte historique de l'instauration de la règle de l'anonymat, en lien avec une volonté de cacher la stérilité masculine parfois mal distinguée de l'impuissance et en toute hypothèse mal connotée au regard de canons de la virilité³⁰¹⁹, cette prédominance accordée aux *apparences* invite à interroger le fondement ultime de la parenté³⁰²⁰. Le législateur s'est-il pleinement détaché de l'idée selon laquelle c'est le lien biologique qui devrait fonder par principe la filiation³⁰²¹ ? Au-delà des ambivalences de la règle de l'anonymat, les réticences de l'ordre juridique vis-à-vis de l'IAD tendent à apporter une réponse négative à cette question.

b. La primauté de la FIV sur l'IAD

987. Le droit français, à l'instar du droit allemand, reste assez réticent à admettre l'IAD. En 1994, lorsque le législateur encadre la pratique de l'AMP, il pérennise l'idée - encouragée par la pratique médicale³⁰²² - selon laquelle les pratiques autologues doivent être favorisées par rapport aux pratiques hétérologues. Ainsi, le Code de la santé publique de l'époque dispose que « *l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir* »³⁰²³. L'IAD n'est ainsi qu'une pratique subsidiaire à la FIV. Elle n'est pas pensée comme une technique d'AMP « *comme les autres* »³⁰²⁴. Jusqu'en 2004, il est textuellement obligatoire de privilégier l'utilisation des gamètes du couple³⁰²⁵. Par ailleurs, la loi prévoit des règles de consentement spécifique lorsqu'une IAD est

³⁰¹⁷ BATEMAN S., « Le principe de l'anonymat du don de sperme : remarques sur son histoire et son application » *op. cit.*, p. 192.

³⁰¹⁸ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Monsieur le garde des Sceaux, p. 5827 : « *La remise en cause de la paternité après un accord de PMA est inadmissible. L'enfant d'une PMA doit être un "enfant comme les autres". Pas de statut juridique différent entre la filiation charnelle et artificielle. Le projet de loi n'institue pas la discrimination* ».

³⁰¹⁹ THERY, I., *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, p. 27.

³⁰²⁰ En ce sens, DELAISI DE PARSEVAL G., « Secret et anonymat dans l'AMP avec donneurs de gamètes ou le dogme de l'anonymat à la française », *op. cit.*, p. 201.

³⁰²¹ Sur ce point, FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, 2018, p. 667.

³⁰²² Sur ce point, voir CATTO M.X., *Principe d'indisponibilité du corps humain - limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 482.

³⁰²³ Article L152-6 CSP (version de 1994).

³⁰²⁴ Voir les Travaux du comité ad hoc d'experts sur le projet des sciences biomédicales (CAHBI) du Conseil de l'Europe matière de progrès des sciences : Conseil de l'Europe, *Procréation artificielle humaine*, Strasbourg, Affaires juridiques du Conseil de l'Europe, 1989 - principe 11 : « *En principe la fécondation in vitro doit être effectuée avec les gamètes du couple [...] Toutefois, dans des cas exceptionnels à définir par les États membres, l'utilisation des gamètes de donneurs peut être autorisée* ».

³⁰²⁵ Article 97 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004. Voir sur cette question, CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite à l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 484 ; CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil*, *op. cit.*, p. 80.

exceptionnellement mise en œuvre : « *Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le Code civil, leur consentement au juge ou au notaire* »³⁰²⁶.

988. Le droit français, en particulier la loi bioéthique de 2011, encourage par la suite, la pratique du don. La loi supprime alors le caractère subsidiaire de l'IAD. Trois séries d'éléments indiquent malgré tout que l'ordre juridique n'appréhende toujours pas de manière parfaitement similaire la FIV et l'IAD et *a fortiori* qu'il ne tend toujours pas à encourager la pratique de l'IAD ; même dans les cas où elle serait plus efficace que la FIV.

989. En premier lieu, il faut mentionner l'article L2141-7 CSP qui dispose que « *l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé [...] renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple* ». Cette disposition définit ainsi trois configurations qui rendent envisageable l'IAD : en cas de risque de transmission d'une maladie grave à l'enfant, en cas d'échec des techniques autologues d'AMP ou en cas de renoncement du couple à ces pratiques autologues. Or, même si la dernière configuration indique que le couple peut désormais choisir l'IAD au détriment de la FIV, la formulation de l'article L2141-7 CSP semble malgré tout sous-entendre que ce n'est pas l'IAD qui sera proposée en premier lieu - ou recommandée au couple. En effet, si le couple doit renoncer à la pratique de la FIV, c'est bien qu'elle lui a été tout d'abord conseillée ; et non qu'il a été confronté dès le début à un véritable choix entre l'IAD et la FIV.

990. En second lieu, l'IAD reste stigmatisée par l'interdiction du double don de gamètes³⁰²⁷ mais surtout, par les règles spécifiques du consentement qui entourent le recours au don. En effet, comme en 1994, les exigences de consentement sont toujours renforcées en matière d'IAD puisque le consentement doit être donné à un juge ou à un notaire³⁰²⁸. La loi précise par ailleurs que si le donneur ou la donneuse fait partie d'un couple, le consentement de l'autre membre du couple doit être recueilli. La spécificité de cette disposition mérite d'être mise en lumière. En effet, le droit commun médical ne conditionne en général pas le prélèvement d'une substance corporelle au consentement d'un tiers. Il est dès lors surprenant ici que le prélèvement de gamètes suppose le consentement du conjoint ou de la conjointe du donneur ou de la donneuse. L'objectif de cette

³⁰²⁶ Article L2141-10 CSP.

³⁰²⁷ Article L2141-3 CSP : « *Un embryon [...] ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple* ». L'interdiction du double don a fait l'objet d'une QPC que la Cour de cassation n'a pas transmise, CC, 1^{ère} chambre civile, 19 janvier 2011, n° 1140089. Voir également, MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, op. cit., p.100.

³⁰²⁸ Article L2141-10 CSP.

règle est « *sans doute d'atténuer le caractère adultérin d'une pratique consistant pour un homme qui peut être marié à fournir des gamètes permettant la conception d'un enfant au sein d'un couple tiers, la prescription se voulait aussi symbolique : en associant la femme, il ne s'agissait plus seulement du don d'un projet issu de l'homme, mais du don du pouvoir procréateur du couple* »³⁰²⁹. Tout en protégeant le partenaire du donneur ou de la donneuse d'une éventuelle immixtion de l'enfant dans sa vie personnelle, cette règle entend ainsi valoriser la pratique du don, en soulignant son caractère altruiste³⁰³⁰.

991. L'ordre juridique français favorise la pratique de la FIV sur celle de l'IAD et sur celle du don d'embryon. L'accueil d'embryon n'est possible que « *lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce* » et le législateur l'entoure également de règles du consentement spécifiques, ce dernier devant là aussi être recueilli par un juge³⁰³¹. Une forme implicite et indirecte de désapprobation des techniques hétérologues d'AMP persiste donc en droit français. Si cette désapprobation pourrait, en théorie, s'expliquer par une volonté de protéger l'intégrité physique des tiers donneurs en évitant le recours à un prélèvement, les développements ultérieurs montreront que les motivations sont en réalité différentes³⁰³². Cette désapprobation s'explique surtout par une préférence du droit pour la famille génétique qui, par définition, ne peut être qu'hétérosexuelle.

992. Le droit de l'AMP fondé sur un modèle *pseudo-procréatif* permet la mise en œuvre d'une normalisation de l'institution familiale ; encourageant la production de la famille nucléaire traditionnelle composée d'un père et d'une mère, chacun étant idéalement génétiquement lié à l'enfant. Plus encore, le droit de l'AMP soutient ici l'idée de la nécessaire complémentarité des sexes et rôles parentaux. En effet, pourquoi maintenir avec autant de fermeté la fiction juridique de l'acte charnel et avec elle un modèle hétérosexuel de la famille, si ce n'est que l'on considère qu'un homme et une femme ne peuvent pas remplir les mêmes fonctions ? En ce sens, les propos du CCNE sont révélateurs de l'importance que le droit attache aux *repères sexués* des rôles parentaux. Il faut alors en conclure que la normalisation de l'institution familiale est liée en France à la normalisation des rôles sociaux et que « *l'importance donnée par le droit à la sexuation des fonctions de parents - et, partant, à la complémentarité des sexes - ne se limite pas au rôle de ces derniers dans l'engendrement :*

³⁰²⁹ TAGLIONE V.C, « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *LPA*, 1 juillet 2003, n° 130, p. 4 - 6. En ce sens, FERNALEGUEN F., « Le corps de la femme et la biomédecine en droit français », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine, op. cit.*, p. 94.

³⁰³⁰ Pour le présenter comme un don de « couple à couple ». Voir sur ce point, DAVID G., « Don de sperme : le lien entre l'anonymat et le bénévolat », *op. cit.*, p. 62.

³⁰³¹ Article L2141-6 CSP : « *L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception [...]* ».

³⁰³² Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

une femme ne saurait, par exemple, être considérée comme un père social pour l'enfant qui ne peut résolument être qu'une personne de sexe masculin »³⁰³³.

993. Cette structuration du modèle de l'AMP autour d'un « *ordre naturel* »³⁰³⁴ se retrouve aussi en Allemagne de manière plus explicite. Cette naturalisation y entraîne aussi l'exclusion de certains modèles familiaux du bénéfice de l'AMP et permet ainsi de maintenir un ordre fondé sur l'hétérosexualité du couple parental. Toutefois, à la différence de la France, l'ordre juridique allemand n'impose pas de manière contraignante le modèle idéal typique de la famille génétique. Il l'encourage certes par le biais de mécanismes incitatifs mais il n'interdit pas expressément l'accès à l'AMP aux schémas familiaux qui n'y correspondent pas.

II. La normalisation de l'institution familiale en Allemagne

994. Si la sauvegarde de l'institution familiale a été un enjeu important lors des débats parlementaires des années 1980, la loi allemande de 1990 sur la protection de l'embryon n'en dit rien d'explicite. Elle ne prévoit pas de condition d'accès à l'AMP et n'exclut expressément aucune catégorie de personnes des bénéficiaires éventuels de la médecine reproductive. Singulièrement, ni les célibataires, ni les personnes homosexuelles³⁰³⁵ ne se voient privés d'accès aux procédures d'AMP. Cela étant, le droit allemand de l'AMP s'est lui aussi construit autour d'une forme de naturalisation de la médecine reproductive. Ce n'est cependant pas sur un modèle *pseudo-procréatif* que s'établit le droit allemand de l'AMP. Le droit allemand ne cherche pas à maintenir l'*illusion* selon laquelle l'enfant a été engendré par ses deux parents. Il reste en revanche attaché à ce que soit garantie l'existence d'un lien génétique entre enfants et parents. Il n'entend pas, à la différence du droit français, maintenir l'*apparence* d'un lien biologique mais assurer l'*existence* réelle et certaine d'un tel lien ; ce qui explique alors des réticences - encore plus grandes qu'en France - vis-à-vis de l'IAD (A). Or, de telles réticences ne peuvent qu'enrayer le recours à l'AMP par les couples monoparentaux et homoparentaux puisqu'ils ne peuvent enfanter que par le biais d'une insémination artificielle avec tiers donneur. Ainsi même si l'IAD n'est pas explicitement interdite aux femmes seules ou aux couples de femmes, l'utilisation de cette pratique dans des configurations de monoparentalité ou d'homoparentalité se heurte, par hypothèse, à l'exigence d'un double lien génétique entre parents et enfants (B).

³⁰³³ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2018, p. 652.

³⁰³⁴ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 78.

³⁰³⁵ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

A. Les réticences vis-à-vis de l'IAD relayées par la construction juridique de l'AMP

995. En Allemagne, l'AMP prétend respecter le modèle de la procréation charnelle³⁰³⁶. La position allemande sur l'AMP peut être résumée ainsi : « *La science doit uniquement permettre de déclencher une grossesse là où la nature l'aurait permis* »³⁰³⁷. En Allemagne, le but n'est pas de maintenir, comme en France, *les apparences*, c'est-à-dire de prétendre que l'enfant a été engendré au sein d'un rapport (hétéro)sexuel, mais de garantir la véracité du lien biologique. C'est la raison pour laquelle la loi de 1990 interdit les pratiques jugées antinaturelles³⁰³⁸. C'est ainsi que le don d'ovocyte est interdit en Allemagne car la nature ne permet pas à une femme ne produisant pas d'ovocytes de procréer. Le don de sperme est en revanche autorisé, car il est réputé ne pas rompre radicalement avec l'ordre naturel. En effet, dans un couple, l'infertilité de l'homme ne constitue pas nécessairement un obstacle absolu à sa procréation ; la femme pouvant décider - y compris le cas échéant avec l'accord de son mari stérile - d'avoir un rapport sexuel adultérin avec un partenaire fertile. Ériger la nature en norme de référence n'implique ainsi pas d'interdire l'insémination artificielle avec don de sperme. Sans être interdite, elle n'est pour autant pas favorisée par l'ordre juridique³⁰³⁹, ce qui complexifie le recours à l'AMP pour les femmes célibataires ou les couples de femmes. En effet, pendant plusieurs décennies, aucun encadrement spécifique n'a entouré l'IAD ; de sorte qu'au regard du jeu classique des règles de la filiation, il était possible pour le donneur d'établir un lien de filiation avec l'enfant. Le droit allemand de l'AMP et de la famille ne tenaient donc pas compte des spécificités de l'IAD dans l'établissement de la paternité, notamment car ils la désapprouvaient (1). Par ailleurs, encore aujourd'hui, le droit allemand refuse le remboursement de cette pratique. Par ce biais, le droit affirme la légitimité de la FIV mais non celle de l'IAD. Il exclut ainsi du modèle de la *bonne* famille les familles au sein desquelles il n'existe pas de lien génétique entre l'enfant et ses *deux* parents ; ce qui écarte nécessairement - mais pas exclusivement - les familles homo et monoparentales (2).

³⁰³⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2). Voir également, le rapport du ministère de la Santé : Bundesministerium für Gesundheit, *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut, Vol. 132, Baden-Baden, Nomos, 2001 ; BAUMANN-HÖLZLE R., « Elternschaft außerhalb der Ehe - Ethische Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des Wohles der Kinder », in Bundesministerium für Gesundheit, *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland. Wissenschaftliches*, *op. cit.*, p. 163 ; MIETH D., « IVF - Elternschaft außerhalb der Ehe ? », in Bundesministerium für Gesundheit, *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, *op. cit.*, p. 169-175 ; DERLEDER P., « Die Grenzen einer Elternschaft aufgrund medizinisch unterstützter Fortpflanzung », in Bundesministerium für Gesundheit, *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, *op. cit.*, p. 154-157.

³⁰³⁷ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p.75.

³⁰³⁸ *Ibid.*, p. 70.

³⁰³⁹ FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, *op. cit.*, p. 11 : Elle est « *admise du bout des lèvres [...] avec réticences en raison d'un amour extrême porté dans le droit de la filiation à la vérité* ».

1. Droit de la filiation et résistances à l'IAD

996. Jusqu'en 2017, l'ordre juridique n'admet pas que la figure du donneur puisse pleinement s'effacer face à celle du père d'intention (a). En revanche, une loi du 17 juillet 2017 pose une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité du donneur ; semblant à première vue faciliter le recours à l'IAD (b).

a. Avant la réforme de 2017 : la primauté de la paternité biologique sur la paternité sociale

997. Non seulement le droit allemand ne consacre pas de principe d'anonymat (aa) mais il admet également jusqu'en 2017 qu'un lien de filiation puisse être reconnu entre le donneur et l'enfant (bb).

aa. L'absence de principe d'anonymat en droit allemand

998. Le législateur allemand tend à fonder, encore davantage qu'en France, comme on le verra, le lien de filiation sur l'existence d'un lien biologique entre l'enfant et ses parents³⁰⁴⁰. Plus encore, il existe un droit constitutionnellement garanti à la connaissance de ses origines³⁰⁴¹. Ces deux éléments expliquent que l'ordre juridique allemand ne consacre pas de principe d'anonymat du droit. En parallèle, l'ancienne directive de la Chambre fédérale des médecins sur l'assistance médicale à la procréation recommande aux médecins de consigner l'identité du donneur et de recueillir son consentement pour la conservation et l'utilisation de ces informations si l'enfant les demande³⁰⁴². Elle prévoit également une obligation pour les médecins de connaître et conserver l'identité du donneur pendant au moins 30 ans. La directive prévoit encore qu'à partir de ses 16 ans - ou préalablement si sa santé l'exige - l'enfant puisse demander l'accès à son dossier personnel contenant l'identité du donneur.

999. Le juge garantit lui aussi l'accès de l'enfant à l'identité du donneur. Dans un contentieux de 2013, le juge d'appel allemand considère ainsi qu'une femme, issue d'une IAD, avait le droit de connaître l'identité de son donneur car « *son intérêt à connaître ses origines prime sur celui du médecin et du donneur à conserver cette information* »³⁰⁴³. En effet, selon le juge, « *la sauvegarde des droits fondamentaux de la*

³⁰⁴⁰ Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2). Voir aussi, Arbeitskreis Abstammungsrecht, *Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, *op. cit.*, ; PARIZER-KRIEF K, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 270-271.

³⁰⁴¹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

³⁰⁴² BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*, p. A1398. Voir également, la directive du groupe de travail sur PIAD : Arbeitskreis für donogene Insemination, *Richtlinie zur Qualitätssicherung der Behandlung mit Spendersamen in Deutschland*, 8 février 2006.

³⁰⁴³ OLG Hamm, 6 février 2013, I 14 U 7/12, considérant 1.

femme justifie que le silence du médecin soit sanctionné»³⁰⁴⁴. Le juge allemand fait ainsi très clairement primer le droit à la connaissance de ses origines sur l'idée même d'un principe d'anonymat.

1000. Pour autant, le droit allemand n'assure pas l'accès effectif des personnes à l'identité de leur donneur. En effet, pendant près de 20 ans, le droit n'organise pas le recueil, la conservation et la gestion des informations relatives aux donneurs. En l'absence de cadre fédéral harmonisé et contraignant, l'accès à l'identité du donneur est d'autant moins bien garanti que les médecins concluent souvent, lors du recueil de leur sperme - souvent réalisé de manière informelle dans les cabinets des médecins - des contrats d'anonymat avec les donneurs³⁰⁴⁵. Le principe d'anonymat n'est, ni expressément interdit, ni réellement garanti. Il en découle une grande insécurité juridique - tant pour les médecins et les donneurs que les enfants du don - qui n'encourage pas particulièrement le recours à une IAD³⁰⁴⁶, étant donné que, jusqu'à récemment, l'action en reconnaissance de paternité du donneur était en principe possible.

bb. L'action en reconnaissance de paternité vis-à-vis du donneur en Allemagne

1001. Jusqu'en 2017, l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le donneur n'était pas exclu puisqu'en l'absence d'encadrement spécifique les règles de droit commun s'appliquaient³⁰⁴⁷.

1002. Il est vrai que, depuis 2002, le droit empêche le désaveu de paternité de l'homme ayant consenti à une IAD. En effet, depuis 2002, le §1600 alinéa 4 du Code civil allemand dispose que « *si l'enfant est issu d'une IAD qui a été consentie par l'homme et la mère, l'action en désaveu de paternité ne peut pas être intentée par l'homme co-auteur du projet parental ou la mère de l'enfant* ». Le législateur met donc ici en avant l'aspect volontariste de la filiation paternelle dans le cadre d'une IAD afin de mettre fin à la jurisprudence³⁰⁴⁸ qui - en accord avec la conception traditionnelle de la filiation en Allemagne³⁰⁴⁹ - tendait à admettre un tel désaveu, faisant primer les liens du sang sur la reconnaissance du projet parental à l'origine de la procédure d'AMP. En 2005, la Cour fédérale de justice admet, elle aussi,

³⁰⁴⁴ *Ibid.*

³⁰⁴⁵ MAAS M.C., « Wir kommen gern, Studenten als Samenspender », *Der Spiegel*, 10 mai 2013 : Le centre de médecine reproductive de Hamburg « *promet l'anonymat absolu à ses donneurs* ».

³⁰⁴⁶ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 267.

³⁰⁴⁷ Sur cette question, FURKEL F., « L'incidence de la biomédecine sur la parenté », in FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.C., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, *op. cit.*, p. 34.

³⁰⁴⁸ Malgré des résistances de la part des juges du fond : Voir notamment, OLG Düsseldorf, 27 juillet 1987, 3U62/86, FamRZ, 1988, p. 762 ; AG Dieburg, 4 novembre 1986, FamRZ, 1987, p. 516. Voir aussi, FURKEL F., « L'incidence de la biomédecine sur la parenté », in FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.C., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, *op. cit.*, p. 36.

³⁰⁴⁹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

que le lien biologique ne soit pas nécessairement l'élément fondateur du lien de parenté en estimant que la loi de 2002 peut être appliquée de manière rétroactive³⁰⁵⁰ car elle sert « *l'intérêt de l'enfant* »³⁰⁵¹.

1003. Cependant, le §1600 du Code civil n'empêche pas, dans le cadre d'une IAD, une action en désaveu de paternité de la part de l'enfant dans un délai de deux ans à partir de la découverte des faits, à condition toutefois qu'il n'existe pas de réelles relations sociales entre l'enfant et celui qui était jusqu'alors considéré comme son père, c'est-à-dire que ce dernier n'a pas pris ses responsabilités vis-à-vis de l'enfant³⁰⁵². Or, jusqu'en 2017, si un tel désaveu est prononcé par le juge, l'enfant peut ensuite intenter, si les conditions sont réalisées, une action en établissement judiciaire de sa filiation, à l'égard du donneur de sperme ayant permis sa conception³⁰⁵³.

1004. Pendant presque 30 ans - de 1990, date à laquelle les acteurs juridiques se saisissent de la question de l'AMP, à 2017 - l'exigence de vérité biologique est donc telle que l'ordre juridique allemand n'exclut pas qu'un lien de filiation soit établi par l'enfant à l'égard de son donneur³⁰⁵⁴. Le droit allemand n'appréhende pas le donneur comme un simple tiers - un contributeur génétique à l'engendrement de l'enfant - mais bien comme un *père potentiel* pour l'enfant, de manière encore plus évidente qu'en France. Pendant de nombreuses années, les spécificités de la paternité résultant d'une IAD ne sont pas prises en compte par le droit qui désapprouve cette pratique et refuse, fût-ce implicitement, de fonder la paternité sur la seule volonté de l'homme co-auteur du projet parental.

b. Depuis 2017 : la primauté de la paternité sociale sur la paternité génétique ?

1005. La loi du 18 mai 2017 régleme à la fois les questions de l'anonymat et de l'établissement du lien de filiation du donneur.

1006. Dans un premier temps, la loi organise explicitement l'accès à la connaissance de ses origines dans le cas d'une IAD³⁰⁵⁵. L'article 1 de la loi prévoit la création d'un registre du don de sperme : « *Au sein de l'institut allemand des données médicales et de l'information, un registre du don de sperme est créé et tenu. L'objectif de ce registre du don de sperme est de garantir le droit à la connaissance des origines pour les personnes nées à la suite d'une IAD dans le cadre d'une AMP. La loi prévoit parallèlement les conditions*

³⁰⁵⁰ L'action a été déposée le 16 janvier 2002 alors que la loi entrerait en vigueur le 12 avril 2002.

³⁰⁵¹ BGH, 26 janvier 2005, XII ZR 70/03.

³⁰⁵² §1600 I n° 4 BGB. Il est supposé que le père a pris ses responsabilités s'il est marié à la mère ou qu'il vit avec l'enfant (alinéa 3).

³⁰⁵³ §1600d BGB (ancienne version).

³⁰⁵⁴ PARIZER-KRIEF K, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 267.

³⁰⁵⁵ Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen - loi sur la réglementation du droit à la connaissance de ses origines en cas d'IAD, 17 juillet 2017.

nécessaires, notamment organisationnelles et procédurales, à l'exercice de ce droit »³⁰⁵⁶. Elle organise la procédure de collecte des données, les obligations des instituts de prélèvement et de conservation, et impose un délai de conservation des données de 110 ans³⁰⁵⁷. Le droit allemand dispose donc désormais d'un mécanisme qui permet concrètement aux enfants du don d'accéder à l'identité de leur donneur. Le législateur condamne donc explicitement - au nom du droit à la connaissance de ses origines - les contrats d'anonymat que concluaient certains médecins. Mais par ce biais, le droit allemand reconnaît également, implicitement, l'importance du lien biologique dans la construction de l'enfant³⁰⁵⁸.

1007. Cela étant, la loi ne consacre pas la primauté absolue de la paternité biologique sur la paternité sociale. Dans un second temps, la loi du 17 juillet 2017 modifie, en effet, le §1600d du Code civil allemand relatif à l'établissement judiciaire de la paternité qui dispose désormais que « *si l'enfant est engendré par le biais d'une procédure d'assistance médicale à la procréation réalisée dans un établissement médical [...] et plus précisément d'une procédure d'insémination artificielle avec tiers donneur, dont le sperme est fourni à un établissement de retrait, alors le donneur ne peut pas être reconnu comme le père de l'enfant* ». Depuis 2017, le législateur rend donc impossible l'action relative à l'établissement de la filiation du donneur. Même s'il est toujours possible pour l'enfant de désavouer la paternité de l'homme qui a consenti à l'AMP (dès lors que ce dernier ne s'occupe pas réellement de lui), le droit allemand établit désormais une distinction claire entre le donneur et le père de l'enfant. Faut-il alors en conclure que l'ordre juridique fait désormais primer la *volonté* sur le lien génétique comme fondement de la filiation ? Cette modification apportée par la loi du 17 juillet 2017 pourrait-elle permettre aux couples de femmes de pouvoir procréer ? Plusieurs éléments imposent une réponse nuancée à cette question.

1008. Il faut tout d'abord observer que, depuis 2008, le §1598a du Code civil allemand consacre un « *droit au consentement à un test génétique permettant d'établissement des origines biologiques* ». Ce paragraphe dispose que « *pour clarifier les origines biologiques de l'enfant, le père vis-à-vis de la mère et de l'enfant, la mère vis-à-vis du père et de l'enfant et l'enfant vis-à-vis de ses deux parents peuvent exiger qu'ils consentent à un examen génétique et qu'ils acceptent de donner un échantillon génétique pour qu'ils soient examinés* ». Le but de cette action est ainsi de vérifier les liens biologiques qui existent entre l'enfant et ses parents déclarés. Elle peut alors servir de fondement à une action ultérieure en contestation

³⁰⁵⁶ *Ibid.*

³⁰⁵⁷ §8 de loi sur la réglementation du droit à la connaissance de ses origines en cas d'IAD, 17 juillet 2017.

³⁰⁵⁸ En ce sens, voir les motifs du projet de loi sur la réglementation du droit à la connaissance de ses origines en cas d'IAD : Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, Drucksache 18/11291, p. 1.

de la paternité. Ainsi, même si l'objectif affiché de la loi est le « *maintien social de la famille* »³⁰⁵⁹, elle révèle que le droit de la filiation allemand reste partiellement fondé sur un lien biologique, à la différence du droit français qui exclut une telle action en dehors d'une action en établissement de la filiation. Le texte est d'ailleurs critiqué car certains auteurs qui y voient une « *manière de cacher un idéal familial génétique* »³⁰⁶⁰.

1009. L'IAD reste ensuite perçue par la Chambre fédérale des médecins comme une technique subsidiaire d'AMP³⁰⁶¹. De plus, la Chambre conseillait, dans son ancienne directive, la mise en œuvre d'un appariement - au regard des critères de couleurs d'yeux et de cheveux, de groupes sanguins, de taille, de corpulence et d'ethnie, estimant cette pratique « *censée* »³⁰⁶². Il semble que comme en France, le corps médical ait eu à cœur à la fois de garantir la liberté de choix des parents de révéler ou non à l'enfant son mode de conception mais également de compenser par une *ressemblance* entre le père et l'enfant leur absence de lien génétique. Il entendait ainsi faire « comme si » l'enfant était génétiquement lié à son père. Les dispositions de droit social indiquent toutefois que l'ordre juridique allemand ne tend pas seulement à faire « comme si » il y avait bien un lien génétique mais bien davantage à garantir son existence en désapprouvant l'IAD.

2. Droit de la sécurité sociale et résistances à l'IAD

1010. Le législateur allemand régleme indirectement la question des conditions d'accès à l'AMP par le biais des dispositions relatives au remboursement³⁰⁶³. En effet, le droit allemand ne prévoit la prise en charge par la Sécurité sociale que de certaines pratiques d'AMP, distinguant par ce biais entre les pratiques qu'il juge légitimes et les autres. Il ne prend, par exemple, en charge que les seules pratiques autologues d'AMP, ce qui exclut par principe le remboursement de l'IAD³⁰⁶⁴.

³⁰⁵⁹ SCHWAB D., « Abstammungsklä rung - leichtgemacht. Oder : Neuer Dialog in der Familie », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, n° 1, 2008, p. 23 - 27.

³⁰⁶⁰ Critique citée par PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 241. En revanche, le dernier rapport du ministère de la Justice encourage le maintien d'une telle action, sans toutefois, qu'il n'implique par ailleurs l'établissement d'un quelconque lien de filiation - Arbeitskreis Abstammungsrecht, *Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, op. cit., p. 83. Sur la question d'une évolution législative en droit de la filiation : ERNST R., « Abstammungsrecht - die Reform ist vorbereitet - eine Tour d'Horizon zum Beginn der Legislaturperiode », *NZ Fam.*, 2018, p. 443.

³⁰⁶¹ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. A1396 : « En principe, seul le sperme de l'homme du couple peut être utilisé » ; BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschl. Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. 6 : l'IAD est présentée comme une « alternative ». La directive précise également qu'une consultation spécifique doit être mise en place en cas d'IAD pour préciser les troubles psycho-sociaux qu'elle peut entraîner pour l'enfant et pour le couple.

³⁰⁶² BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. A1397.

³⁰⁶³ Certains auteurs déplorent ainsi que « la liberté de la femme de procréer soit trop souvent proportionnelle au remboursement de ces pratiques » : FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, op. cit., p. 14.

³⁰⁶⁴ §27a SGB V.

Par ce biais, le droit soutient un certain modèle familial : nécessairement hétérosexuel et au sein duquel les enfants partagent un lien génétique avec leur parent. C'est donc le modèle de la famille génétique que le droit allemand pose ici comme archétype de la *bonne* famille.

1011. Par ailleurs, il est possible de rappeler que même si ce n'est plus le cas aujourd'hui, le droit social de l'AMP a conditionné pendant longtemps le remboursement de la FIV au statut marital du couple. Ainsi, seuls les couples mariés voyaient leurs frais d'AMP pris en charge³⁰⁶⁵. Cela encourageait alors la création de la famille traditionnelle fondée sur les liens du mariage. En 2007, la Cour constitutionnelle ne voit dans la condition de mariage posée par le système d'assurance maladie aucune atteinte au principe d'égalité³⁰⁶⁶ car « *dans la mesure où le mariage est effectivement un cadre plus stable que l'union libre, tant pour surmonter les épreuves de l'AMP que pour fournir à l'enfant une sécurité juridique, le choix du législateur n'est pas contraire à la Loi Fondamentale* »³⁰⁶⁷. Même si en 2016, le gouvernement ouvre le remboursement des FIV aux couples hétérosexuels non mariés - abandonnant ainsi le mariage comme fondement idéal-typique de la famille -, le droit de la sécurité sociale n'a remboursé, pendant presque 30 ans, que les pratiques d'AMP autologues pour les couples mariés. Ces dispositions de droit social ont longtemps incité, implicitement, les individus susceptibles d'entrer dans un parcours d'AMP à s'unir par les liens du mariage.

1012. Aujourd'hui, le droit de la sécurité sociale fonctionne toujours comme technique d'incitation - ou de désincitation - financière ne reconnaissant comme légitimes que les demandes autologues, par définition formulées par des couples hétérosexuels. Ce modèle de la famille nucléaire traditionnelle a de plus été encouragé pendant 20 ans par l'ancienne directive de la Chambre fédérale des médecins de 1998.

B. La normalisation de l'institution familiale par les conditions d'accès à l'AMP

1013. Si aujourd'hui la nouvelle directive de l'ordre des médecins de 2018 ne pose plus de conditions limitatives d'accès à l'AMP (2), l'ancienne directive a, pendant 20 ans, recommandé de ne permettre l'accès à l'AMP qu'aux couples composés d'un homme et d'une femme, encourageant par ce biais une normalisation de l'institution familiale et de la parenté à l'aune du modèle hétérosexuel (1).

³⁰⁶⁵ Voir la directive (contraignante) de la Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurances maladie : BaAK, *Richtlinie über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*, 14 août 1990, *op. cit.* §2.

³⁰⁶⁶ BVerfG 28 février 2007, 1 BvL 5/03.

³⁰⁶⁷ *Ibid.*

1. L'incitation au modèle de la famille traditionnelle par l'ancienne directive de 2006

1014. Pour combler les lacunes laissées par la loi de 1990 qui ne réglemente pas en détail la procédure d'AMP³⁰⁶⁸, la directive de la Chambre fédérale des médecins de 1998, réactualisée en 2006 - et valable jusqu'en juin 2018 - pose des conditions d'accès à l'AMP qui tendent à favoriser l'accès des couples hétérosexuels et stables.

1015. Elle dispose que

*« les méthodes d'AMP doivent être en principe mises en œuvre - dans le respect de l'intérêt de l'enfant - dans le cadre d'un couple marié. En principe, dans ce cadre, seul le sperme du mari peut être utilisé. Les méthodes d'AMP peuvent aussi être utilisées pour une femme non mariée. Cela n'est possible que si le médecin considère que cette femme est dans une relation stable avec un homme non marié et que cet homme reconnaîtra l'enfant. En principe, seul le sperme de l'homme peut être utilisé »*³⁰⁶⁹.

1016. Ainsi, par principe, la Chambre fédérale réserve l'AMP aux couples mariés. Si depuis 2017, le mariage est désormais ouvert aux couples de même sexe, tel n'était pas le cas au moment de la réactualisation de la directive en 2006. La directive précise d'ailleurs que si le recours à l'IAD peut être envisagé pour un couple non marié, il doit s'agir d'un homme et d'une femme ; en somme d'un couple hétérosexuel. Plus encore, elle considère que l'IAD ne peut être envisagée qu'à titre subsidiaire, voire exceptionnel. C'est donc bien une certaine conception de la famille qui guide ici les dispositions de la directive³⁰⁷⁰.

1017. Certes, l'ancienne directive de la Chambre fédérale n'était pas contraignante³⁰⁷¹ : son contenu ne devenait obligatoire que lorsqu'il était repris par les directives des chambres des Länder. Toutefois, 16 Länder sur 10 ont effectivement repris dans les grandes lignes cette directive. En ce qui concerne les six Länder qui ne l'ont pas fait expressément, seul le Land de Hambourg précise, explicitement, dans sa propre directive que l'accès des couples de femmes est autorisé³⁰⁷². Les Länder de Bavière, Berlin et du Brandebourg ne réglementent pas la question des conditions d'accès et laissent donc au corps médical le soin de déterminer s'ils souhaitent ou non admettre des

³⁰⁶⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2). Certains auteurs jugent ce pouvoir décisionnel excessif : FURKEL F., « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », in FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.C., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, op. cit., p. 30.

³⁰⁶⁹ BÄK, *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, op. cit., p. A1397.

³⁰⁷⁰ À la différence du droit français, cette directive ne justifie pas ces conditions par une pathologisation explicite de la stérilité mais par des considérations juridiques. Elle estime que « la présomption de paternité qui joue lorsque le couple est marié permet de garantir l'intérêt de l'enfant et lorsque le couple est stable, l'homme sera moins tenté de ne pas reconnaître l'enfant ». Ces raisons ne convainquent toutefois pas pleinement puisque, juridiquement, la monoparentalité et l'homoparentalité sont possibles par le biais l'adoption (§1741 BGB).

³⁰⁷¹ ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung*, op. cit., p. 58.

³⁰⁷² LÄK Hamburg *Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, 13 avril 2015 ; §13 II der Berufsordnung der Hamburger Ärzte und Ärztinnen (version de 2013), p. 6 : « Les méthodes d'AMP peuvent également être mises en œuvre si la femme n'est pas mariée, dès lors que le médecin en arrive à la conclusion, que la femme entretient une relation stable avec son partenaire, lui-même non marié à une autre femme et que l'homme reconnaîtra l'enfant, ou que la femme est passées à une autre femme ».

couples de femmes. Quant aux Länder de la Saxe et de la Sarre, ils interdisent expressément l'accès à l'IAD aux couples de femmes et aux femmes célibataires dans les directives régionales. Conformément aux recommandations de la Chambre fédérale, 12 Länder sur 16 n'encouragent donc pas le recours à l'AMP par des célibataires ou des couples de personnes de même sexe³⁰⁷³. En 2018, une nouvelle directive est cependant édictée par la Chambre fédérale. Il s'agit d'un texte contraignant qui cette fois ne pose aucune condition d'accès à l'AMP.

2. La disparition de l'incitation dans la nouvelle directive de 2018 ?

1018. La modification de la loi sur les éléments du corps humain³⁰⁷⁴ en 2008 emporte une transformation des compétences de la Chambre fédérale des médecins qui peut désormais édicter des directives contraignantes en ce qui concerne notamment les questions de don, de prélèvement, de transfert et d'application des éléments du corps humains³⁰⁷⁵. Forte de cette nouvelle compétence, la Chambre fédérale des médecins édicte en mai 2018 une directive sur le prélèvement et le transfert de gamètes humains dans le cadre de la médecine reproductive³⁰⁷⁶. Or, ce nouveau texte, qui remplace la directive de 2006³⁰⁷⁷, et qui est désormais contraignant, ne pose aucune condition d'accès à l'AMP. Faut-il alors en conclure que les couples de femmes et les femmes célibataires pourront désormais accéder à une IAD en Allemagne ? Si ce nouveau texte semble mettre en lumière une appréhension plus libérale de la question de l'AMP par le corps médical, l'accès reste toujours, en l'absence d'encadrement légal, soumis à la discrétion du corps médical et sujet à la disponibilité des gamètes offerts par les banques de sperme. Or, non seulement rien n'impose aux médecins d'accepter des couples de femmes ou des femmes seules, mais, qui plus est, la directive continue à présenter l'IAD comme une technique spécifique d'AMP³⁰⁷⁸. Par ailleurs, dans la mesure où la directive n'impose pas l'accès à l'AMP à tous les modèles familiaux - mais se cantonne à ne plus mentionner la question des conditions d'accès³⁰⁷⁹ - les chambres des Länder pourront *a priori* maintenir ou ajouter dans leurs propres directives des conditions d'accès

³⁰⁷³ Toutes les informations disponibles sur le site LGBT qui renvoie aux différents textes des Länder <https://www.lsvd.de/recht/ratgeber/kuenstliche-befruchtung.html>

³⁰⁷⁴ Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen (Gewebegesetz) - loi sur la qualité et la sécurité des tissus humains et des cellules, 20 juillet 2007, Bundesgesetzblatt 2007, Teil I, n° 35, p. 1574.

³⁰⁷⁵ La loi introduit dans la loi sur la transplantation (Transplantationsgesetz) un §16b qui dispose que « la Chambre fédérale des médecins peut compléter les dispositions légales par le biais de directives relatives à l'état actuel des connaissances de la science médicale en accord avec les autorités fédérales compétentes en matière de prélèvement d'éléments du corps humain, en particulier en ce qui concerne l'appréciation médicale de l'aptitude médicale d'un donneur d'éléments corporels, l'examen du donneur et le prélèvement, le transfert et l'application de ces éléments du corps humain ».

³⁰⁷⁶ BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*

³⁰⁷⁷ *Ibid.*

³⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 6.

³⁰⁷⁹ De plus, lorsque la directive mentionne les personnes en cause, elle parle de « l'homme et de la femme » - *Ibid.*, p. 5.

spécifiques. Au regard de la pénurie actuelle de sperme en Allemagne³⁰⁸⁰, ainsi que des réserves du corps médical et de l'ordre juridique vis-à-vis de l'IAD, il semble par conséquent qu'il ne faille pas surestimer les effets de ce nouveau texte pour la constitution *via* l'AMP de familles non traditionnelles.

1019. Le droit allemand de l'AMP procède ainsi lui aussi à une normalisation de l'institution familiale, fût-ce *indirectement* car réalisée avant tout par une désapprobation de l'IAD qui s'exprime par le biais de désincitations financières et de recommandations médicales. En Allemagne ce sont donc les outils de la biopolitique - non plus fondés sur la *sanction* mais sur des techniques de contrôle plus diffuses - qui permettent de réguler les comportements procréatifs. À titre principal, ils entendent favoriser la constitution de la famille *génétique*, ce qui exclut nécessairement - mais pas exclusivement - les couples de personnes de même sexe du bénéfice de l'AMP. Ainsi, en France et en Allemagne, même si les ordres juridiques n'orientent pas les comportements procréatifs des individus avec le même degré de contrainte, le droit de l'AMP met en œuvre des processus de normalisation visant à faire en sorte que l'enfant ait un père *et* une mère. C'est la raison pour laquelle il exclut les couples de femmes et les femmes célibataires du bénéfice des techniques d'AMP. C'est également la raison pour laquelle ils interdisent, tous deux, l'insémination *post mortem*.

Sous-section 2. « Deux parents, pas un de moins... » : le refus de l'AMP *post mortem*

1020. L'interdiction en droit français et allemand de la procréation *post mortem*, c'est-à-dire la possibilité de faire naître un enfant par AMP après le décès de l'homme co-auteur du projet parental, peut être lue comme un élément supplémentaire de la normalisation de l'institution familiale : les ordres juridiques tendent à encourager le modèle de la famille traditionnelle, composée de deux parents de sexes différents. Toutefois, si les deux ordres interdisent l'*insémination post mortem*, c'est-à-dire la création après le décès du géniteur d'un embryon (I), ils ne réglementent pas de la même manière le *transfert d'embryon post mortem*, c'est-à-dire l'implantation après le décès du géniteur de l'embryon fécondé avant son décès. En France, le droit ne distingue pas encore entre ces deux cas de figure car la sauvegarde de l'institution familiale traditionnelle, c'est-à-dire d'une certaine conception de la vie *bonne*, l'emporte en toute hypothèse sur la protection de la vie anténatale, c'est-à-dire de *zoe*. Par conséquent, que l'embryon ait ou n'ait pas encore été créé ne change rien à l'appréhension française de l'AMP *post mortem*. En revanche, en Allemagne, la protection de *zoe* est susceptible de l'emporter sur la production de *bios*, à comprendre ici comme le *bon* modèle familial au sein duquel un enfant naît avec une double filiation. Ces divergences dans le

³⁰⁸⁰ PARIZER-KRIEF K, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 267.

traitement du transfert *post mortem* confirment ainsi que les deux ordres juridiques ne mettent pas en œuvre les processus de normalisation de l'institution familiale avec la même intensité (II).

I. Les statuts équivalents de l'insémination *post mortem* en France et en Allemagne

1021. Les droits français et allemand interdisent l'insémination *post mortem*, considérant qu'il n'est pas conforme à l'intérêt d'un enfant de naître sans père. Ce faisant, ils tendent à sauvegarder une certaine conception de la cellule familiale au sein de laquelle la figure paternelle doit être présente (A). Cette interdiction implique non seulement l'interdiction de féconder un ovocyte après le décès de l'homme, co-auteur du projet parental, mais également de restituer le sperme de cet homme à sa partenaire après son décès. En principe, la restitution n'est possible qu'au patient *vivant* dans le cadre d'un usage autologue³⁰⁸¹. Cependant, en France comme en Allemagne, la question de la restitution *post mortem* soulève, pour des raisons différentes dans chaque pays, des difficultés. Si en Allemagne, le juge considère que l'insémination *post mortem* est strictement interdite ; en France, le traitement jurisprudentiel de cette question conduit à une atténuation de la portée du principe d'interdiction ; l'ordre juridique acceptant, dans certains cas, de faire naître un enfant sans filiation paternelle (B).

A. L'interdiction législative de l'insémination *post mortem*

1022. En Allemagne, selon le §4 alinéa 1 de la loi de 1990 « sera puni d'une peine allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement ou par une amende, celui qui fertilise volontairement un ovocyte avec le sperme d'un homme décédé ». Au regard de cette formulation, la loi allemande interdit toute insémination *post mortem*, tant dans le cadre d'une pratique autologue qu'en cas de décès du donneur de sperme dans le cas d'une IAD. En théorie, la sanction ne concerne pas la femme mais la pénalisation des autres participants rend, dans les faits, une telle pratique inaccessible³⁰⁸².

1023. En France, en 1994, la loi consacre la pratique des CECOS³⁰⁸³, précisant qu'en matière d'AMP, « l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants »³⁰⁸⁴. Les réformes successives ne libéralisent pas la législation sur ce point. Au contraire, la loi du 6 août 2004, précise, pour contrer les controverses engendrées par la question, que « font obstacle à l'insémination ou au transfert des

³⁰⁸¹ Arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

³⁰⁸² VELTE F., *Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht*, Berlin, Springer, 2015, p. 55.

³⁰⁸³ En France, avant l'édiction des lois bioéthiques de 1994, l'insémination *post mortem* a fait l'objet d'un contentieux. Voir notamment, TGI Créteil, 1^{er} août 1984, JCP G 1984, II, 20321. Après cette affaire dite Parpalaix, les CECOS ont modifié la convention type pour les prélèvements de sperme en précisant que l'utilisation n'était possible que si le dépositaire était « présent et consentant ».

³⁰⁸⁴ Article L2141-2 CSP.

embryons, le décès d'un des membres du couple »³⁰⁸⁵ et qu'il existe une obligation d'informer les candidats de « l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou du décès d'un de ses membres »³⁰⁸⁶. En outre, l'article 311-20 alinéa 3 du Code civil énonce que « le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée ».

1024. Cette interdiction est justifiée dans les deux pays par le respect du « modèle de la nature ». En effet, eu égard au rôle que joue le modèle de la procréation charnelle, tant vis-à-vis du modèle *pseudo-procréatif* français que du modèle naturaliste allemand, on comprend que les ordres juridiques interdisent l'insémination *post mortem*³⁰⁸⁷. En France, les règles du consentement - qui imposent le recueil du consentement de chaque membre du couple à chaque étape de la procédure d'AMP³⁰⁸⁸ - permettent à l'AMP d'imiter « jusqu'aux dernières limites l'acte sexuel reproductif »³⁰⁸⁹. Les débats parlementaires français montrent que la rhétorique thérapeutique permet de justifier sans difficulté cette interdiction consensuellement admise³⁰⁹⁰ : « La stérilité *post mortem* n'est malheureusement pas pathologique : elle est tout ce qu'il y a de physiologique ! [...] Il faut limiter le cas de fécondation *post mortem* parce que nous sommes dans le physiologique et non pas dans le pathologique »³⁰⁹¹. L'argument naturaliste est également complété par celui de l'intérêt de l'enfant. Selon la doctrine allemande³⁰⁹², l'enfant pourrait en effet être traumatisé en apprenant que son géniteur était déjà décédé au moment de sa conception. Lors des débats bioéthiques, les parlementaires français insistent eux aussi sur la protection de « l'intérêt de l'enfant »³⁰⁹³, le rapport BRAIBANT considère, par exemple, « qu'il paraît

³⁰⁸⁵ Article L2141-2 CSP.

³⁰⁸⁶ Article L2141-10 CSP.

³⁰⁸⁷ Voir pour la France, HAUSER J., « Procréation *post mortem*, un nouveau droit à... le droit à l'éternité », *RTDciv.*, 2010, p. 93. Pour l'Allemagne DIEDRICH K., LUDWIG M., GRIESINGER G., *Reproduktionsmedizin*, Berlin, Springer, 2013, p. 587 ; GÜNTHER H.L., TAUPITZ J., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz - Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen*, Stuttgart, Kohlhammer, 2014, §4, Rn 26.

³⁰⁸⁸ Article L2141-1 et suivants CSP.

³⁰⁸⁹ IACUB M., *Le crime était presque sexuel - et autres essais de casuistique juridique*, *op. cit.*, p. 209.

³⁰⁹⁰ AN, 13 novembre 1992, Bernard Bioulac, p. 5720 : « Deux principes gouvernent toutes les procréations médicalement assistées avec ou sans tiers donneur : l'indication doit être strictement médicale - la PMA est une thérapeutique - et l'insémination ou le transfert *post mortem* est interdit ». Dans le même sens, AN, 13 novembre 1992, Bernard Bioulac, p. 5721 ; AN, 13 novembre 1992, ministre de la Santé et de l'Action humanitaire, p. 5730 ; AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean Yves Le Déaut, p. 5797 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992 Gérard Léonard, p. 5817 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5819 ; AN, 24 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5976 ; Sénat, 13 janvier 1994, Douste Blazy, p. 100 ; Sénat, 13 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 103.

³⁰⁹¹ Sénat, 18 janvier 1994, Charles Descours, p. 244. Dans le même sens, AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean Yves Le Déaut, p. 5797 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1994, Gérard Léonard, p. 5817 ; Sénat, 13 janvier 1994, Douste Blazy, p. 100.

³⁰⁹² En Allemagne, la question de l'insémination *post mortem* n'est pas débattue par le parlement allemand car la disposition est rajoutée, au dernier moment. Voir cependant, le rapport : Bund-Länder Arbeitsgruppe, *Fortpflanzungsmedizin*, 29 novembre 1988, *op. cit.*, cité par la décision LG Neubrandenburg, 12 août 2009, Az. 2 O 111/09.

³⁰⁹³ AN, 13 novembre 1992, Bernard Bioulac, p. 5721. Voir également, pour la doctrine française, HAUSER J., « Procréation *post mortem*, un nouveau droit à... le droit à l'éternité », *RTDciv.*, 2010, p. 93.

excessif de donner à une personne la puissance extrême d'imposer à une autre l'amputation de la moitié de son ascendance »³⁰⁹⁴.

1025. Cet interdit sert également à assoir une conception traditionnelle de la famille nucléaire. En effet, on craint que l'autorisation de l'AMP *post mortem* puisse conduire à l'ouverture de l'AMP pour les femmes célibataires puisque dans les deux cas, il s'agit de faire naître un enfant sans père. Or, de l'AMP pour les célibataires à l'AMP pour les couples de femmes, il n'y a qu'un pas. Les députés s'en inquiètent d'ailleurs en 1994 : « *Si ces dispositions étaient adoptées, un couple de femmes homosexuelles pourrait donc avoir recours à ces techniques [...]* »³⁰⁹⁵. Dès lors, la question de l'AMP *post mortem* renvoie directement à celle de la fonction sociale de l'AMP : s'agit-il d'un remède contre l'infertilité ou d'une nouvelle façon de donner la vie ?³⁰⁹⁶ Les droits français et allemand confirment ici leur volonté d'inscrire l'AMP dans la première de ces deux catégories. Cependant, si l'on peut aisément comprendre qu'il est toujours préférable qu'un enfant ait deux parents plutôt qu'un seul, il convient de rappeler que le droit autorise en France et en Allemagne, l'adoption par un célibataire³⁰⁹⁷. Cette différence de traitement entre l'AMP et l'adoption s'explique certes par les raisons évoquées précédemment³⁰⁹⁸ mais révèle une fois de plus que l'AMP est un terrain privilégié de l'exercice du biopouvoir et des processus de normalisation qui l'accompagne.

1026. Outre l'avis du CCNE qui se prononce en faveur de l'accès à l'IAD pour les femmes seules³⁰⁹⁹ et qui pourrait conduire à une autorisation de l'insémination *post mortem*, l'influence du droit européen mène depuis quelques années à une atténuation de la portée de l'interdiction de l'insémination *post mortem*. Il tempère ainsi l'efficacité des processus de normalisation de l'institution familiale jusqu'alors mis en œuvre par les droits français et allemand.

B. L'interdiction de la restitution *post mortem* des gamètes de la personne décédée

1027. L'interdiction de l'insémination *post mortem* emporte en principe l'impossibilité pour la compagne de l'homme décédé de récupérer ses gamètes ; faute de quoi elle pourrait se rendre à l'étranger pour y réaliser la pratique interdite par le droit interne³¹⁰⁰, ce que proscriit le droit interne

³⁰⁹⁴ BRAIBANT G., *Sciences de la vie, de l'éthique en droit, op. cit.*, p. 58.

³⁰⁹⁵ Sénat, 13 janvier 1994, Jean Chérioux, p. 103.

³⁰⁹⁶ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne, op. cit.*, p. 480.

³⁰⁹⁷ En France, article 343-1 du Code civil ; en Allemagne, §1741 alinéa 2. Voir également, pour un propos similaire CHABAULT-MARX C., « La frilosité du juge français face à l'insémination *post mortem* », *Dalloz*, 2009, p. 2758.

³⁰⁹⁸ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

³⁰⁹⁹ CCNE, Avis n° 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, op. cit.* ; CCNE, Avis n° 129, *Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018-2019, op. cit.*, p. 128.

³¹⁰⁰ Voir aussi, pour la France, CA Rennes, 20 juin 2010, n° 0907299.

français³¹⁰¹. Cependant, la jurisprudence française tend à nuancer la stricte interdiction posée par la loi (1). En Allemagne, le médecin n'est en principe pas non plus autorisé à restituer les gamètes de l'homme décédé à la femme mais la jurisprudence n'est toutefois pas unanime sur cette question, ce qui tend alors à remettre en cause l'idée selon laquelle un enfant doit idéalement avoir une filiation paternelle (2).

1. Interdiction législative et assouplissement jurisprudentiel en France

1028. En France, la restitution de gamètes à la compagne de l'homme n'est pas autorisée par la loi³¹⁰². Il en va de même de leur exportation aux fins d'une insémination *post mortem*. L'objectif est d'empêcher que se réalise, à l'étranger, une pratique jugée contraire à l'intérêt de l'enfant en France. Dans un premier temps, la jurisprudence applique à la lettre ces dispositions et refuse la restitution. Dans un arrêt de 1996, la Cour de cassation rappelle ainsi que l'AMP est un soin et ne peut « avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée »³¹⁰³. Par conséquent, la requérante ne peut, ni se voir implanter les embryons cryoconservés à la suite du décès de son compagnon, ni obtenir leur restitution³¹⁰⁴. En dehors de ce cadre, les embryons doivent être détruits. La protection de l'institution familiale l'emporte ainsi sur celle de la vie anténatale.

1029. Toutefois, en 2016, le Conseil d'État admet un assouplissement du régime de l'interdiction. Confronté à une demande d'exportation des gamètes du conjoint décédé vers l'Espagne, il accueille ainsi la demande d'une requérante espagnole dans le cadre d'un référé-liberté³¹⁰⁵. En l'espèce, celle-ci faisait valoir que le refus des CECOS de lui restituer les gamètes de son conjoint décédé aux fins d'une insémination *post mortem* en Espagne était contraire à l'article 8 de la CESDH relatif au droit à la vie privée et familiale. Le juge procède à un contrôle de conventionnalité à deux niveaux. Il considère, *in abstracto*, que la loi française ne porte pas atteinte à la Convention car cette question relève de la marge d'appréciation de chaque État. L'interdiction posée par le droit français « ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il

³¹⁰¹ Pour la France, voir l'article L2141-11-1 CSP : « L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. [...] Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L1244-3, L1244-4, L2141-2, L2141-3, L2141-7 et L2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du Code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation ».

³¹⁰² Article L2141-11-1 CSP. Le Code de santé publique précise que la circulation des gamètes est soumise au respect des dispositions législatives et notamment de celles relatives conditions d'accès à l'AMP.

³¹⁰³ CC, 1^{ère} chambre civile, 9 janvier 1996, n° 9415998.

³¹⁰⁴ CC, 1^{ère} chambre civile, 9 janvier 1996, n° 9415998.

³¹⁰⁵ CE, 31 mai 2016, n° 396848, chronique Dutheillet de Lamothe et Odinet, *AJDA*, 2016, p. 1398 ; observations Montecler, *Daloz*, 2016, p. 1470 ; note Fulchiron, *Daloz*, 2016, p. 1472.

est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention »³¹⁰⁶. Cependant, le juge considère que le refus d'exporter les gamètes porte effectivement atteinte, *in concreto*, au droit à la vie privée de la requérante³¹⁰⁷. Pour ce faire, le juge observe, tout d'abord, que l'homme a clairement consenti au projet parental³¹⁰⁸. Il souligne, ensuite, que le déménagement de la femme en Espagne n'a pas pour but de contourner la loi française mais s'explique par sa volonté de retourner vivre auprès de sa famille après le décès de son conjoint³¹⁰⁹. Il observe, enfin, que l'exportation des gamètes conservés en France constitue la seule façon pour elle d'exercer la faculté que lui ouvre la loi espagnole³¹¹⁰. Au regard de ces trois éléments, le juge estime alors que

*« le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du Code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »*³¹¹¹.

1030. Il y aurait beaucoup à dire sur cet arrêt, sur le contrôle de conventionnalité désormais exercé par le Conseil d'État dans le cadre du référé-liberté³¹¹², sur la manière dont il distingue contrôle *in abstracto* et contrôle *in concreto* au regard de l'article 8 de la CESDH³¹¹³, sur l'influence du droit international privé sur le raisonnement du juge administratif quant à la notion de fraude³¹¹⁴, du droit de l'Union européenne sur les libertés de circulation, ou sur les motivations peu explicites du juge³¹¹⁵. Toutefois, ce sont principalement ses implications dans le domaine familial et des

³¹⁰⁶ CE, 31 mai 2016, n° 396848.

³¹⁰⁷ Pour une critique de ce contrôle : Voir notamment, DELVOLLE P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754.

³¹⁰⁸ CE, 31 mai 2016, n° 396848 : « Il est, par ailleurs, établi que M. B... avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Mme C... A..., si les tentatives réalisées en France de son vivant s'avéraient infructueuses. Dans les mois qui ont précédé son décès, il n'était, toutefois, plus en mesure, en raison de l'évolution de sa pathologie, de procéder, à cette fin, à un autre dépôt de gamètes en Espagne ».

³¹⁰⁹ CE, 31 mai 2016, n° 396848 : « En l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe ».

³¹¹⁰ CE 31 mai 2016, n° 396848 : « Ainsi, seuls les gamètes stockés en France dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon sont susceptibles de permettre à Mme C... A..., qui réside désormais en Espagne, d'exercer la faculté, que lui ouvre la loi espagnole de poursuivre le projet parental commun qu'elle avait formé, dans la durée et de manière réfléchie, avec son mari ».

³¹¹¹ CE, 31 mai 2016, n° 396848.

³¹¹² MONTECLER M.C., « Un contrôle de conventionnalité *in concreto* - Conseil d'État 31 mai 2016 », *AJDA*, 2016, p. 1092 ; FULCHIRON H., « La fin de la jurisprudence Carminati ? Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Dalloz*, 2016, p. 1472 ; RITLÉNG D., « Chronique de jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - De l'office du juge des référés saisi de moyens d'inconventionnalité », *RTDE*, 2017, p. 319.

³¹¹³ FULCHIRON H., « La fin de la jurisprudence Carminati ? Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? » *op. cit.*, p. 1472 ; HAFTEL B., « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Dalloz*, 2016, p. 1477.

³¹¹⁴ HAFTEL B., « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *op. cit.*, p. 1477.

³¹¹⁵ *Ibid.*

libertés³¹¹⁶ qui nous intéressent ici. En effet, par cet arrêt, le juge français accepte une remise en question indirecte du modèle *pseudo-procréatif* français en admettant qu'un enfant puisse naître sans père dans un autre pays. S'il semble que ce sont avant tout les circonstances particulières de l'espèce³¹¹⁷ - la femme de nationalité espagnole voulait retourner vivre auprès de sa famille - qui expliquent la souplesse du juge administratif qui opte pour un raisonnement « *humain* »³¹¹⁸, la portée symbolique de cette décision doit malgré tout être soulignée. En effet, elle est susceptible de remettre en cause la logique thérapeutique de l'AMP puisque le juge reconnaît indirectement que, dans d'autres pays, l'AMP peut être pensée comme une nouvelle façon de faire des enfants. La portée de cet arrêt est d'autant plus importante que l'argumentaire du Conseil d'État en 2016 est par la suite repris par plusieurs tribunaux administratifs dans des affaires similaires³¹¹⁹. Par exemple, le tribunal administratif de Rennes fait également droit à une demande de restitution des gamètes *post mortem*³¹²⁰ en suivant le raisonnement à deux niveaux - *in abstracto/in concreto* - du Conseil d'État. Le juge estime à nouveau qu'il n'y a aucune intention frauduleuse de la part de la requérante, que le consentement de l'homme ne fait aucun doute et qu'il existe des « *circonstances particulières* »³¹²¹ justifiant la restitution ; notamment la première fausse couche de la femme juste après le décès de son mari. Cependant, alors que dans l'affaire soumise en 2016 à l'examen du Conseil d'État, la requérante de nationalité espagnole souhaitait le transfert des gamètes de son mari décédé vers un pays précis - l'Espagne - pour retourner vivre auprès de sa famille³¹²², dans l'espèce soumise au tribunal de Rennes il n'existe aucun élément d'extranéité similaire³¹²³. La requérante est de nationalité française et souhaite le transfert des gamètes dans n'importe quel pays de l'Union européenne susceptible d'autoriser l'insémination *post mortem*. Partant, même si le Tribunal de Rennes affirme que la requérante n'a pas « *d'intention frauduleuse [car] son souhait est uniquement de mener*

³¹¹⁶ Sur ce point, DELVOLLE P., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, p. 754.

³¹¹⁷ En ce sens, CHABAULT-MARX C., « La frilosité du juge français face à l'insémination *post mortem* », *Dalloz*, 2009, p. 2758 ; MARGUÉNAUD J.P., « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTDciv.*, 2016, p. 802.

³¹¹⁸ FULCHIRON H., « La fin de la jurisprudence Carminati ? Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? » *op. cit.*, p. 1472. Dans le même sens, HAUSER J., « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'État a du cœur ! », *RTDciv.*, 2016, p. 834.

³¹¹⁹ TA Rennes, 11 octobre 2016, n° 1604451 ; TA Toulouse, 13 octobre 2016, <http://toulouse.tribunal-administratif.fr/A-savoir/Communiqués-et-actualités/Rejet-de-la-requete-d-une-justiciable-dirigée-contre-la-décision-du-centre-hospitalier-universitaire-de-Toulouse-lui-refusant-la-restitution-des-gamètes-de-son-mari-défunct>. Voir sur ce point, HAUSER J., « La PMA *post mortem* : le début du délitement ? », *RTDciv.*, 2016, p. 600.

³¹²⁰ TA Rennes, 11 octobre 2016, n° 1604451.

³¹²¹ TA Rennes 11 octobre 2016, n° 1604451, §6 : « *Considérant, toutefois, que la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention ; qu'il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive* ».

³¹²² Sur ce point, MARGUÉNAUD J.P., « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTDciv.*, 2016, p. 802.

³¹²³ *Ibid.*

à terme ce projet dont M. H... pouvait légitimement considérer avant son décès qu'il allait aboutir »³¹²⁴, il semble malgré tout qu'elle cherche précisément à contourner l'application de la loi française. Or, si la seule existence d'un souhait de mener à terme un projet parental suffit à disqualifier l'intention frauduleuse, alors il existe de nombreux cas de figure - en matière d'insémination *post mortem* comme de GPA par exemple - dans lesquels l'intention frauduleuse ne pourra plus être opposée aux personnes qui se rendent à l'étranger dans le but d'obtenir l'aide médicale que le droit français leur refuse. Ainsi, alors que Conseil d'État semble fonder son raisonnement sur le fait qu'il ne peut opposer à une ressortissante espagnole les mêmes limites qu'à ses propres citoyens, le tribunal de Rennes va plus loin : il admet la possibilité pour les ressortissantes françaises de se rendre à l'étranger pour une *insémination post mortem* dès lors que leur compagnon décédé y a consenti et qu'il existe des circonstances particulières le justifiant.

1031. Jusqu'à une éventuelle modification des lois bioéthiques sur ce point³¹²⁵, le juge procède désormais à une analyse au cas par cas des demandes de restitution. Formellement, c'est ici l'article 8 de la CESDH relatif à la vie familiale qui permet une remise en question partielle du modèle *pseudo-procréatif* français. Non seulement, le juge admet que les valeurs défendues par les lois bioéthiques françaises n'aient pas nécessairement vocation à s'appliquer à l'étranger³¹²⁶ mais il admet indirectement que l'AMP n'est pas un soin mais bel et bien une nouvelle façon d'engendrer des enfants, contrairement à ce qui était jusqu'alors affirmé par le droit français. Cela étant, la montée en puissance du paradigme de la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union européenne n'est probablement pas étrangère à son raisonnement. La globalisation du droit - et les divergences de pratiques en matière bioéthiques au sein de l'Union européenne - impose en effet d'appréhender de manière nouvelle les questions jusqu'alors cantonnées au seul cadre juridique français.

³¹²⁴ TA Rennes, 11 octobre 2016, n° 1604451.

³¹²⁵ Voir notamment, CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 68.

³¹²⁶ CE, 31 mai 2016, n° 396848.

2. Interdiction législative et jurisprudentielle en Allemagne

1032. En Allemagne, il n'existe pas de dispositions législatives expresses relatives à l'interdiction de restitution ou d'exportation des gamètes³¹²⁷ mais le médecin qui accepte cette restitution peut être pénalisé pour complicité à l'insémination *post mortem*³¹²⁸ sur le fondement du §4 de la loi de 1990 qui interdit cette pratique³¹²⁹.

1033. Confronté à une demande de restitution en 2009, le juge de première instance de Neubrandenburg a d'ailleurs rejeté la requête sur le fondement de cette disposition³¹³⁰. En l'espèce, la demande concernait la restitution d'un ovocyte imprégné, c'est-à-dire d'un ovocyte ayant déjà été imprégné de sperme mais pour lequel la fusion nucléaire n'a pas été réalisée (stade pronucléaire). Il s'agit, on l'a vu³¹³¹, du stade qui précède le stade embryonnaire au regard de la définition donnée par l'article 8 de la loi de 1990 : dans le cas d'un ovocyte imprégné, la fécondation a déjà commencé mais n'a pas encore pleinement abouti. Or, rappelons qu'en Allemagne, les ovocytes imprégnés peuvent être congelés ce qui n'est *a priori* pas le cas des embryons puisque la loi de 1990 tend en principe à éviter la création d'embryons surnuméraires³¹³². Sur ces bases, le juge devait déterminer s'il s'agissait en l'espèce d'une demande d'*insémination post mortem*, pénalisée par le §4 de la loi de 1990 ou d'une demande de *transfert post mortem*. Pour cela, il devait établir si l'ovocyte imprégné était un gamète ou un embryon. Si l'ovocyte imprégné est un gamète, alors l'insémination n'a pas encore eu lieu, et la demande est donc relative à une *insémination post mortem*. Si l'ovocyte imprégné est un embryon, alors l'insémination a déjà eu lieu, et la demande est relative à un *transfert d'embryon post mortem*. En l'espèce, le juge a considéré que l'ovocyte imprégné était un gamète car il n'y avait pas encore eu de fusion nucléaire. Il s'agissait donc bien d'une demande d'*insémination post mortem*. Le juge s'est rattaché ici à la logique de la loi de 1990 selon laquelle les cellules au stade pronucléaire sont exclues du champ d'application de la loi et ne bénéficient *a fortiori* pas d'un droit

³¹²⁷ En Allemagne, la directive relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains a été transposée par la loi relative à la qualité et à la sécurité des tissus et cellules humains du 20 juin 2007. Elle comprend des modifications de la loi sur la transplantation et la loi sur les médicaments. En revanche, il ne semble pas que l'exportation des tissus humains - et notamment des gamètes - soit réglementée par le droit allemand.

³¹²⁸ LG Neubrandenburg, 12 août 2009, Az. 2 O 111/09 ; voir également KERN B. R., LILIE H., *Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur*, Berne, Peter Lang, 2010, p. 419 et suivantes.

³¹²⁹ §4 EschG : « Est puni d'une peine maximum de trois ans d'emprisonnement ou d'une amende, celui qui 1. féconde un ovocyte sans que la femme sur qui a été prélevée l'ovocyte et l'homme dont provient le sperme ont consenti, 2. qui cherche à implanter un embryon à une femme qui n'a pas consenti, 3. qui féconde un ovocyte avec le sperme d'un homme décédé ».

³¹³⁰ LG Neubrandenburg, 12 août 2009, Az. 2 O 111/09.

³¹³¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³¹³² Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2) ; (partie 1, titre 2, chapitre 2).

à la vie³¹³³. Au regard de cette qualification, la demande est rejetée sur le fondement du §4 alinéa 1 phrase 3 de la loi de 1990³¹³⁴.

1034. Dans cette affaire, le juge de première instance a donc opté pour une interprétation de la loi de 1990 en faveur de l'interdiction de l'insémination *post mortem*. Toutefois, comme on va le voir, le juge d'appel a annulé cette décision de première instance, considérant qu'il s'agissait non pas d'une insémination mais d'un *transfert post mortem* qui, à la différence de la France, n'est pas interdit en Allemagne.

II. Les statuts opposés du transfert d'embryon *post mortem* en France et en Allemagne

1035. Alors que le droit français n'établit aucune distinction entre l'insémination et le transfert *post mortem* - n'accordant de ce point de vue à la protection de la vie anténatale qu'une importance relative par rapport à la sauvegarde l'institution familiale (A) - le droit allemand, lui, distingue entre ces deux cas de figure. Le juge allemand considère en effet que dans le cas d'un *transfert post mortem* - parce qu'un embryon a déjà été créé - l'impératif de protection de la vie anténatale nécessite d'admettre qu'un enfant puisse naître sans filiation paternelle (B).

A. L'interdiction du transfert d'embryon *post mortem* en France

1036. Bien que le droit positif n'ait pas connu d'évolution significative sur ce point en France, une tendance en faveur du transfert *post mortem* d'embryons se dessine depuis les années 1990³¹³⁵. De manière intéressante pour notre propos, elle se fonde notamment sur la volonté de protéger (davantage) la vie humaine³¹³⁶, comme l'attestent par exemple, dès les débats de 1992, les propos de certains députés comme Yvette ROUDY³¹³⁷ ou Jean François MATTÉI³¹³⁸ ainsi que certains

³¹³³ §8 EschG - loi sur la protection de l'embryon, 13 décembre 1990.

³¹³⁴ Le juge considère cette disposition comme étant constitutionnelle - LG Neubrandenburg, 12 août 2009 : « *Il existe une inquiétude sérieuse de risques de mauvais développement chez l'enfant, qui permet de considérer que l'appréciation du législateur n'est manifestement pas inconstitutionnelle [...] la chambre ne considère pas qu'elle doit remplacer l'appréciation éthique et morale du législateur, qui reflète les jugements de valeur actuels de la société, par sa propre conception morale de la situation* »

³¹³⁵ Notamment dans la doctrine française, CHABAULT C., « À propos de l'autorisation du transfert d'embryon *post mortem* », *Dalloz*, 2001, p. 1395 ; DEPADT-SEBAG V., « La procréation *post mortem* », *Dalloz*, 2011, p. 2213 ; MARGUÉNAUD J.P., « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTD Civ.*, 2016, p. 802. Voir aussi, CCNE, Avis n° 113, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 9 mars 2011. Voir aussi l'article 18 bis du texte adopté n° 723 par l'Assemblée nationale le 22 janvier 2002 relatif à la bioéthique, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/ta/ta0763.asp>.

³¹³⁶ CHABAULT C., « À propos de l'autorisation du transfert d'embryon *post mortem* », *Dalloz*, 2001, p. 1395

³¹³⁷ AN, 13 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5725 : « *Ainsi, la commission spéciale a adopté un grand principe : elle dit non à toute implantation ou insémination *post mortem*. Non à une femme dont le compagnon est mort après avoir pris la précaution de déposer du sperme congelé. Mais non aussi à la femme qui aura entrepris un projet de procréation médicale assistée avec son compagnon qui vient de mourir. Or, dans ce cas, le processus aura été entamé, l'embryon est formé [...]* ».

³¹³⁸ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5784 : « *Madame la présidente, vous avez évoqué hier le cas de cette Toulousaine qui souhaite recevoir ses embryons congelés alors que son mari est mort - Problématique bien différente de celle de l'insémination *post**

amendements déposés au parlement³¹³⁹. Certains auteurs considèrent également aujourd'hui qu'il serait préférable de « *transférer plutôt que de détruire* »³¹⁴⁰. Le Conseil d'État a considéré en 2001³¹⁴¹ et en 2018³¹⁴² que le transfert devrait être autorisé afin de protéger l'embryon déjà conçu. Par ailleurs, le CCNE, dans ses avis sur l'AMP *post mortem*, insiste également sur l'importance de prendre en compte le projet parental déjà concrétisé³¹⁴³. Il considère que, sous conditions - et notamment celle du consentement du conjoint - la femme devrait pouvoir mener à terme le projet parental du couple. Selon lui, si en matière d'insémination *post mortem* le consentement de l'homme peut plus difficilement être vérifié, en matière de transfert, celui-ci a par hypothèse déjà été recueilli. De plus, il estime qu'il est particulièrement cruel d'exiger de la femme qu'elle décide de la destruction, du don à la science ou du don à un autre couple de l'embryon, notamment lorsque le transfert est peut-être la seule chance pour elle de devenir mère - sur le plan biologique - en raison de son âge ou de son infertilité³¹⁴⁴. Il est néanmoins possible de se demander si, dans l'argumentation du CCNE, c'est la protection de la vie de l'embryon qui explique le positionnement en faveur du transfert d'embryon *post mortem* ou, à un degré possiblement égal, la valorisation du projet parental déjà constitué - auquel cas, on verrait ici aussi émerger, à côté ou en lieu et place de la protection de vie anténatale, *zoe*, un intérêt ou un attachement du biopouvoir à la vie qualifiée, sous les traits de la définition de la parenté.

1037. Pour l'heure, le droit positif ne distingue pas entre insémination et transfert, ces deux pratiques restant interdites³¹⁴⁵, ce qui tend alors à faire primer la protection de l'intérêt *in abstracto* de

mortem où il s'agit tout simplement de ne pas décider de fabriquer un embryon. En l'occurrence, les embryons existent et l'alternative est la suivante : les jeter ou autoriser leur implantation deux ans après ».

³¹³⁹ Amendement en faveur du transfert mais contre l'insémination - AN, 15 avril 1994, p. 884 ; Sénat 18 janvier 1994, p. 239 en faveur du transfert *post mortem*.

³¹⁴⁰ Voir notamment CHABAULT C., « À propos de l'autorisation du transfert d'embryon *post mortem* », *Dalloz*, 2001, p. 1395.

³¹⁴¹ CE, *Les lois bioéthiques 5 ans après*, *op. cit.*, p. 44. Voir également, HURIET C., CLAYES A., *L'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, OPECST, n° 132, 18 février 1999 ; ROUDY Y., *Rapport au nom de la Délégation aux droits des femmes de l'AN*, n° 2535, 9 janvier 2002 ; CCNE, Avis n° 113, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, mai 2011.

³¹⁴² CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 68.

³¹⁴³ Quatre avis du CCNE sont relatifs à la procréation *post mortem* : CCNE, Avis n° 60, *Réexamen des lois bioéthiques*, 25 juin 1998 ; CCNE, Avis n° 67, *Avant-projet de révision des lois bioéthiques*, 27 janvier 2002 ; CCNE, Avis n° 113, *La demande d'AMP après le décès de l'homme faisant partie du couple*, *op. cit.* ; CCNE, Avis n° 129, *Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018 -2019*, *op. cit.* Voir également, DEPADT-SEBAG V., « La procréation *post mortem* », *Dalloz*, 2011, p. 2213 ; GRAF A., *Rapport final des États généraux de la bioéthique*, juillet 2009, annexe, p. 14.

³¹⁴⁴ CCNE, Avis n° 113, *La demande d'AMP après le décès de l'homme faisant partie du couple*, *op. cit.*, p. 13.

³¹⁴⁵ Les débats parlementaires portent sur l'AMP *post mortem*, les parlementaires ne distinguant pas entre l'insémination et le transfert *post mortem*. En ce sens, AN, 13 novembre 1992, Bernard Bioulac, p. 5721 ; AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean Yves Le Déaut, p. 5797 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Gérard Léonard, p. 5817 ; Sénat, 14 janvier 1994, Pierre Louvot, p. 145.

l'enfant à naître avec un père sur celle de la vie *in vitro*³¹⁴⁶, permettant ainsi la mise en œuvre d'une normalisation de l'institution familiale.

B. L'autorisation du transfert d'embryon *post mortem* en Allemagne

1038. Rien n'interdit expressément le transfert *post mortem* en droit allemand³¹⁴⁷. Cette pratique n'est pas encadrée par le droit : ni la loi, ni les dispositions déontologiques ne mentionnent la question. Il est vrai que dans la mesure où l'embryon doit être implanté trois jours après la fécondation et que la conservation d'embryons n'est en principe pas autorisée, la question n'est pas supposée se poser³¹⁴⁸. Cependant, bien que peu probable, le cas du décès de l'homme entre l'insémination de l'ovocyte et le transfert de l'embryon n'est pas impossible.

1039. Par ailleurs, la question de la restitution des ovocytes imprégnés à la compagne de l'homme décédé est, elle, susceptible de se poser. L'affaire de 2009 en fournit une illustration : tandis que le juge de première instance avait rejeté la requête qu'il considérait être relative à une demande d'*insémination post mortem*, le juge d'appel a estimé qu'il s'agissait bel et bien d'une demande de *transfert post mortem*. Le juge d'appel a considéré que la fécondation, qui « commence avec la rencontre de l'ovocyte et du spermatozoïde » et finit par la « fusion chromosomique des noyaux »³¹⁴⁹, était déjà entamée. Selon lui, le transfert *post mortem* n'est pas prohibé par la loi qui n'interdit expressément que « la fécondation *post mortem* du sperme d'un homme décédé »³¹⁵⁰. Une interprétation téléologique du §4 de la loi montre, selon le juge d'appel, que la loi entend, à titre principal, protéger l'embryon, et seulement à titre subsidiaire, à « éviter l'utilisation abusive du sperme d'un homme décédé à d'autres fins que la survenance d'une grossesse »³¹⁵¹. Or, les faits d'espèce ne contredisent pas ces finalités : il ne s'agit pas d'une utilisation abusive du sperme car l'objectif est bien la réalisation d'une grossesse et le transfert assure bien la protection effective de l'embryon. En outre, le juge estime que l'argument de l'intérêt de l'enfant est moins pertinent en matière de transfert *post mortem* qu'en matière d'insémination car « cela implique nécessairement que l'homme ait explicitement fait part de son désir d'enfant avant son décès »³¹⁵².

³¹⁴⁶ En ce qui concerne la doctrine juridique, voir notamment HAUSER J., « Procréation *post mortem*, un nouveau droit à..., le droit à l'éternité », *RTD Civ.*, 2010, p. 93.

³¹⁴⁷ FURKEL F., « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », in FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.C., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, *op. cit.*, p. 31.

³¹⁴⁸ En France, certains auteurs considèrent que le problème du transfert *post mortem* est lié à un autre problème de fond : le trop grand nombre d'embryons surnuméraires. MIRKOVIC A., « Le transfert d'embryons *post mortem* : comment sortir de l'impasse ? », *Dalloz actualité*, 29 juin 2009.

³¹⁴⁹ OLG Rostock, 5 mai 2010, 7 U 67/092.

³¹⁵⁰ §4 alinéa 1 EschG - loi sur la protection de l'embryon, 13 décembre 1990.

³¹⁵¹ OLG Rostock, 5 mai 2010, 7 U 67/092.

³¹⁵² Voir également, VELTE G., *Die postmortale Befruchtung in deutschen und spanischen Recht*, Berlin, Springer, 2015, p. 271. L'argument de l'intérêt de l'enfant ne serait de toute manière pas pertinent car le refus de la mesure au nom de cet intérêt entraîne la non-existence de l'enfant ; ce qui ne peut être considéré comme conforme à son intérêt.

Cette sorte d'exigence de consentement non formalisé - *i.e.* de projet parental - protégerait alors l'enfant contre les potentiels traumatismes invoqués en matière d'insémination *post mortem*. Le juge conclut ainsi que, « dans la mesure où le transfert n'est pas interdit, le centre doit accepter la restitution de l'ovocyte imprégné à la femme »³¹⁵³. En Allemagne, le respect de l'ordre naturel n'empêche ainsi pas le transfert *post mortem* car, dans le cadre d'une procréation dite naturelle, si l'homme décède après la fécondation, la femme pourra malgré tout poursuivre sa grossesse.

1040. À la différence du droit allemand, l'absence de distinction en droit français entre l'insémination et le transfert *post mortem* peut en toute hypothèse être lue comme une illustration supplémentaire de ce que le droit de l'AMP ne tend pas tant à la protection de *zoe* qu'à la sauvegarde de l'institution familiale. Karine PARIZER-KRIEF considère d'ailleurs que le modèle français de l'AMP se structurerait autour d'un « ordre familial » tandis que le modèle allemand se rattacherait davantage à un « ordre naturel »³¹⁵⁴. Sans remettre en cause cette analyse, on peut considérer que dans les deux cas, protection de l'institution familiale et conception naturaliste de l'AMP sont liées. Les droits français et allemand mettent en œuvre des processus de normalisation de la parenté qui tendent à *normaliser* l'institution familiale, et inversement. Dans les deux pays, le parent *idéal* est hétérosexuel et génétiquement lié à l'enfant. Même si le droit français s'intéresse davantage au premier critère et l'Allemagne au second ; les deux ordres juridiques encouragent la constitution du cadre familial qu'ils jugent le plus adapté au bon développement de *bios* à l'aune d'une certaine conception de la famille normale.

1041. Dans les deux pays, ces processus de normalisation de la parenté produisent des effets de genre en agissant de manière inégalitaire sur les corps des hommes et des femmes. Or, il importe désormais de montrer que ces effets de genre soutiennent à leur tour des processus de normalisation de la parenté, et plus encore de la *maternité* en encourageant notamment l'idée selon laquelle il serait *normal* que les corps procréateurs des femmes soient plus impliqués que les corps procréateurs des hommes dans le processus de procréation.

³¹⁵³ OLG Rostock, 5 mai 2010, 7 U 67/092.

³¹⁵⁴ PARIZER-KRIEF K, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 78. Voir aussi, sur cette question, MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 86.

Section 2. Procréation positive et normalisation de la maternité

1042. Les droits français et allemand applicables à l'AMP ne tendent pas seulement à encourager la production d'un certain modèle familial à l'aune d'une certaine conception du *bon* parent, ils tendent également à normaliser la maternité à l'aune d'une conception physiologique de celle-ci, que l'on pourrait qualifier de *naturalisante*. En invisibilisant les risques que comportent les procédures d'AMP pour l'intégrité physique des femmes, le droit renforce l'idée selon laquelle il serait *naturel* ou *normal* qu'elles les supportent. Il semble faire comme si la réalisation du désir d'enfant était si fondamentale pour ces dernières - et, au-delà, pour la communauté politique - qu'il était évident qu'elles devaient supporter le poids du parcours d'AMP (**sous-section 1**). Par ailleurs, la GPA est interdite en France comme en Allemagne. Son encadrement juridique fournit à ce titre une illustration particulièrement nette des mécanismes de naturalisation que les ordres juridiques mettent en œuvre. L'analyse de cet encadrement indique que la maternité doit toujours et nécessairement s'inscrire *dans le corps* des femmes alors même que le droit ne requiert pas ce type d'exigence en matière de paternité (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Les processus de normalisation de la maternité en matière d'AMP

1043. Les processus juridiques de normalisation de l'institution familiale mis en œuvre dans le cadre de l'AMP jouent de manière inégalitaire sur les corps des femmes et des hommes. Un tel constat peut, à première vue, relever de l'évidence dans la mesure où seules les femmes supportent le poids de la grossesse et de l'accouchement. Ce n'est toutefois pas de cela dont il est question ici. En effet, il ne s'agit pas ici de s'intéresser à la grossesse ou à l'accouchement mais bien plutôt aux étapes qui les précèdent. Il s'agit d'analyser la manière dont le droit de l'AMP fait peser tout spécifiquement sur le corps des femmes la réalisation du projet parental. Deux éléments méritent en particulier d'être étudiés. Il s'agit, dans un premier temps, d'examiner les effets produits par la primauté accordée dans les deux ordres juridiques à la FIV sur l'IAD. Cette primauté, qui traduit leur préférence pour la famille génétique traditionnelle, comporte en effet plus de risques pour la santé des femmes que la réalisation d'une IAD avec don de sperme (**I**). Dans un second temps, il convient d'examiner la manière dont le droit français structure le régime juridique du don d'ovocyte. En effet, l'assouplissement récent de ce régime juridique engendre des risques pour la santé des donneuses que le droit français invisibilise (**II**).

I. La primauté accordée à la FIV sur l'IAD

1044. Que ce soit en France ou en Allemagne, la FIV est volontiers préférée par le droit à l'IAD. Or la FIV est une technique plus risquée pour l'intégrité physique des femmes que le recours à un tiers donneur de sperme, puisqu'elle nécessite à la fois une stimulation ovarienne et un prélèvement ovocytaire (A). La FIV est donc plus intrusive qu'une IAD qui ne nécessite, dans un premier temps, aucun de ces traitements préparatoires. En ce sens, la faveur accordée à la FIV, autour de laquelle et le droit et les pratiques d'AMP sont articulés, s'accompagne de risques pour la santé et l'intégrité physique des femmes. Ici encore, le fait que l'AMP soit juridiquement construite comme un soin est de première importance, tant elle participe de la légitimation de ces atteintes et de ces risques. Il n'en reste pas moins que la construction juridique de l'AMP invisibilise largement ces atteintes et ce, particulièrement en France, où la centralité accordée à la notion de couple empêche une appréhension distincte des corps en cause et donc, la mise en lumière de leur traitement inégalitaire. Au-delà de ces effets d'invisibilisation, on peut encore lire un tel cadre juridique comme véhiculant l'idée qu'il serait en quelque sorte naturel pour les femmes de subir de telles atteintes (B) dans la mesure où elles ne seraient que le reflet et la prolongation, dans le domaine de la reproduction artificielle, de la charge qui est la leur en matière de reproduction charnelle.

A. Les risques liés à la pratique de la FIV

1045. Les droits français et allemand favorisent la pratique de la FIV par rapport à celle de l'IAD avec don de sperme, bien que la première soit plus dangereuse que la seconde. La FIV suppose en effet le plus souvent la réalisation préalable d'une stimulation ovarienne puis d'une ponction ovocytaire. Toutes ces opérations sont lourdes et constituent autant de risques pour la santé.

1046. La stimulation hormonale suppose en effet « *des injections intramusculaires hormonales quotidiennes pendant huit à douze jours* »³¹⁵⁵. Pendant cette période, les femmes sont médicalement surveillées³¹⁵⁶ car les risques liés à la stimulation, et plus exactement à l'hyperstimulation, sont relativement importants³¹⁵⁷. En 1999, le Conseil d'État rappelle que l'hyperstimulation peut être mortelle³¹⁵⁸. En 2011, elle conduit par exemple à 221 hospitalisations de plus de 24 heures. En 2014, elle représente

³¹⁵⁵ Circulaire n° 2000-357 du 30 juin 2000, p. 353.

³¹⁵⁶ *Ibid.* Pour la pratique médicale, voir aussi l'arrêté du 22 juin 2015 définissant les règles de bonnes pratiques applicables à la stimulation ovarienne y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation.

³¹⁵⁷ MERCAT-BRUNS M., « Droits sur les produits du corps de la femme et discrimination : l'éclairage du droit français et du droit américain », in MERCAT-BRUNS M., *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006, p. 159.

³¹⁵⁸ CE, *La révision des lois bioéthiques*, *op. cit.*, p. 56.

75% des événements indésirables relevés par l'Agence de la biomédecine (ABM). Dans 91% des cas d'hyperstimulation, les conséquences sont graves. Elle entraîne même des décès³¹⁵⁹.

1047. La ponction ovocytaire, quant à elle, nécessite une intervention chirurgicale. Elle suppose au moins une journée d'hospitalisation à la suite d'une anesthésie souvent générale, ce qui comporte à nouveau des risques³¹⁶⁰. Dans une résolution de 2005, le parlement européen considère d'ailleurs que « *le prélèvement des ovules comporte un risque médical élevé pour la vie et la santé des femmes en raison notamment d'une hyperstimulation ovarienne* »³¹⁶¹ et rappelle, dans une résolution de 2012, que « *le don de certains tissus et de certaines cellules engendre un risque sérieux pour le donneur ; et considérant que ce risque est particulièrement élevé dans le cas du don d'ovules humains en raison du traitement hormonal nécessaire à la préparation du don* »³¹⁶².

1048. Malgré cette connaissance des risques liés à la FIV, ils sont pour la plupart invisibilisés par la construction juridique de l'AMP.

B. Des risques invisibilisés par le droit

1049. Les risques que représentent la stimulation ovarienne et la ponction, techniques légales et justifiées tant en droit français qu'allemand (1), sont invisibilisées notamment par les dispositions du Code de santé publique qui appréhendent l'AMP avant tout comme une procédure qui concerne un *couple* et non des corps procréateurs inégalement impliqués dans le processus (2).

1. Des risques légitimés par le droit

1050. En France, l'article 16-3 du Code civil dispose qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». *A contrario*, il est donc légal de porter atteinte à l'intégrité physique en cas de nécessité médicale pour cette personne ou pour un tiers. Or, dans la mesure où la stérilité est pensée comme une pathologie et l'AMP comme un soin, la pratique de la FIV répond à une finalité médicale.

1051. Dans la mesure où la loi autorise l'atteinte justifiée par l'intérêt thérapeutique d'autrui, la FIV est légale au regard de l'article 16-3 du Code civil même si elle est mise en œuvre pour une indication de stérilité masculine. Comme cela est aujourd'hui bien documenté, la FIV est en effet

³¹⁵⁹ ABM, *Rapport annuel sur le dispositif de vigilance relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 2014.

³¹⁶⁰ Voir aussi, FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine, op. cit.*, p. 9.

³¹⁶¹ Résolution du Parlement européen sur le commerce d'ovules humains, 97 mars 2005, B6-0199/2005, considérant E.

³¹⁶² Résolution n° 2011/2193 du Parlement européen du 11 septembre 2012 sur les dons volontaires et non rémunérés de tissus et de cellules, point R.

parfois réalisée alors même que la seule cause d'infertilité du couple est masculine et pourrait, dès lors, être compensée par la réalisation d'une IAD avec don de sperme. En ce sens, le CCNE souligne en 1994 que la FIV « soigne l'infertilité de l'homme en faisant subir les traitements à sa femme, pourtant féconde »³¹⁶³ alors même que « ces traitements sont lourds, et comportent des risques pour la femme »³¹⁶⁴. La FIV est un traitement invasif pour les femmes qui est ainsi autorisé dans le cas d'indications liées à la stérilité masculine³¹⁶⁵. Malgré les risques qu'elle comporte, le recours à la FIV est même exponentiel : en France, en 1995, 90% des FIV sont justifiées par un problème d'infertilité masculine, contre seulement 13% en 1988³¹⁶⁶. La possibilité instaurée par l'article 16-3 du Code civil³¹⁶⁷ d'autoriser des atteintes à l'intégrité physique dans l'intérêt thérapeutique d'autrui permet juridiquement l'utilisation la FIV même si l'origine de stérilité est masculine ; l'objectif étant de permettre aux deux parents d'être génétiquement liés à l'enfant.

1052. En Allemagne, les atteintes consenties à l'intégrité physique dans le cadre de la FIV sont justifiées par le §228 du Code pénal qui dispose que « celui qui procède à une atteinte à l'intégrité physique d'une personne qui y a consenti n'agit pas illégalement dès lors que l'atteinte n'est pas contraire aux bonnes mœurs ». Même si l'AMP a été très controversée dans les années 1990 - les parlementaires la jugeant antinaturelle et potentiellement attentatoire à la dignité humaine³¹⁶⁸ - la question de savoir si l'AMP est susceptible d'être jugée contraire aux bonnes mœurs ne s'est pas posée. Aujourd'hui, autorisée par la loi, l'exception de contrariété aux bonnes mœurs n'est plus une hypothèse, même théorique. Par conséquent, les atteintes à l'intégrité physique susceptibles d'être réalisées dans le cadre de l'AMP et particulièrement de la FIV sont, elles aussi, autorisées par le droit allemand.

1053. La légitimité de ces atteintes n'est toutefois que très peu interrogée ; invisibilisées par le droit, elles ne font que très rarement l'objet de remises en question³¹⁶⁹.

³¹⁶³ CCNE, Avis n° 42, *L'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation*, 30 mars 1994, p. 5.

³¹⁶⁴ *Ibid.*

³¹⁶⁵ Pour l'Allemagne : FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, op. cit., p. 17.

³¹⁶⁶ CATTO M.X., *Principe d'indisponibilité du corps humain - limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 482.

³¹⁶⁷ Sur la transformation de l'article 16-3 du Code civil, voir notamment, THOUVENIN D., « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil », *Dalloz*, 2000, p. 485.

³¹⁶⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1)

³¹⁶⁹ Certains auteurs s'interrogent toutefois. Voir notamment, DUMORTIER T., « Le droit de l'assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le genre*, op. cit., p. 131 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », in ZATTARA-GROS A.F., *Bioéthique et genre*, op. cit., 2013, p. 33 ; NEIRINCK C., « L'égalité sexuée, péché originel de la procréation médicalement assistée », *Mélanges Gérard Mémétean*, LEH éditions, 2015, p. 552 ; CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 482 ; CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil*, op. cit., p. 80.

2. Des risques invisibilisés par le droit

1054. Le caractère intrusif de la FIV est notamment invisibilisé en France par l'appréhension juridique de la stérilité comme un problème commun au couple (a). Plus largement, le droit européen et le droit français invisibilisent ces atteintes en conférant aux consentements de l'homme et de la femme un poids égal dans le cadre de la FIV, laissant alors de telles atteintes sans conséquence lorsque la FIV ne peut être réalisée en raison du retrait du consentement du géniteur (b).

a. La notion de couple

1055. Le Code de la santé publique énonce que « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple* »³¹⁷⁰. Au regard de la loi, c'est ainsi l'entité « *couple* » qui souffre de problèmes de fertilité. Le dossier médical concerne indifféremment les deux membres du couple ; les dispositions réglementaires précisant que « *l'équipe établit pour chaque couple un dossier médical commun* »³¹⁷¹. D'autres dispositions du Code de la santé publique se réfèrent explicitement au couple qui semble ainsi disposer d'une existence propre. Par exemple, l'article R1211-27 dispose que « *les gamètes ne peuvent être mis à disposition que s'ils sont accompagnés d'un document [...] précisant [notamment] l'identité du couple destinataire des gamètes* »³¹⁷².

1056. Cette conception se retrouve également à l'échelle européenne. La CEDH fait en effet mention du droit des couples à procréer, reconnaissant ainsi, selon certains auteurs, « *un droit à la procréation médicalement assistée [...], non pas à deux personnes ayant en commun un projet parental, mais au couple en tant que tel* »³¹⁷³. Le couple est ainsi pensé comme une entité autonome. En réalité, la notion de couple n'a qu'une portée juridique concrète limitée puisque le droit français exige le consentement individuel de chacun des membres. Elle permet cependant d'« *impliquer de manière parfaitement symétrique les deux membres du couple porteur du projet parental* »³¹⁷⁴. Pourtant, dans la majorité des cas, seule l'une des deux personnes souffre d'un problème d'infertilité. Présenter le couple comme une « *entité autonome [...] titulaire de prérogatives spécifiques* »³¹⁷⁵ invisibilise donc l'implication

³¹⁷⁰ Article L2141-2 CSP.

³¹⁷¹ Article R2142-8 alinéa 2 CSP.

³¹⁷² Voir aussi, par exemple, l'article L2141-6 CSP qui dispose qu'« *un couple répondant aux conditions prévues à l'article L2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L2141-10, y renonce* ».

³¹⁷³ MARGUÉNAUD J.P., « Le droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, note sous CEDH, S.H. et autres contre Autriche », 1^{er} avril 2010, *RTD Civ.*, 2010, p. 291.

³¹⁷⁴ LÖWY I., « La fabrication du naturel : l'AMP dans une perspective comparée », *op. cit.*, p. 36.

³¹⁷⁵ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 68.

inégalitaire des corps dans le parcours d'AMP. Certains médecins écrivent parfois que « *des stimulations ovariennes ont été effectuées sur X couples infertiles* »³¹⁷⁶, comme si la charge hormonale était partagée. La notion de couple participe alors grandement à l'invisibilisation de l'implication des corps sexués dans le parcours d'AMP. Elle occulte le fait que c'est principalement sur les corps des femmes que pèsent majoritairement les procédures de FIV.

1057. En Allemagne, la directive de 2018 de la Chambre fédérale des médecins indique également, dans une moindre mesure - et sans précision supplémentaire - que « *l'infertilité doit être en principe appréhendé comme un problème commun à l'homme et à la femme* »³¹⁷⁷.

b. Le poids égal accordé aux consentements

1058. Non seulement le droit autorise la FIV et les atteintes qui y sont liées mais il admet également que ces dernières puissent rester sans conséquence, c'est-à-dire ne pas mener à une grossesse. En effet, dans la mesure où le consentement peut être révoqué à tout moment, il peut arriver que cette lourde procédure soit mise en œuvre sans que cela aboutisse à un transfert d'embryon. Cette difficulté a été mise en lumière par la célèbre affaire *Evans contre Royaume-Uni* portée devant la CEDH en 2007³¹⁷⁸. En l'espèce, la Cour considère que le refus des autorités anglaises de transférer l'embryon après le retrait par l'homme co-auteur du projet parental de son consentement - suite à sa séparation de la requérante - n'est pas constitutif d'une violation de l'article 8 de la CESDH. Pourtant, la requérante et son compagnon ne se trouvaient pas *de facto* dans la même situation. Tout d'abord, le refus du transfert privait seulement Madame Nathalie EVANS de toute chance d'engendrer un enfant avec lequel elle serait génétiquement liée, ce qui n'était pas le cas de son ex-compagnon³¹⁷⁹. Ensuite, leurs corps n'étaient pas impliqués de la même manière : Nathalie EVANS avait subi de lourds traitements, tels qu'une stimulation ovarienne et une opération chirurgicale, ce qui n'était pas le cas de son ex-compagnon³¹⁸⁰. La lourdeur du procédé aurait alors pu justifier que l'homme ne puisse pas retirer son consentement après la fécondation, comme c'est le cas dans plusieurs pays³¹⁸¹. Ce n'est toutefois pas le cas au Royaume-Uni ou en

³¹⁷⁶ LÖWY I, « Assistance médicale à la procréation (AMP) et traitement de la stérilité masculine en France », *op. cit.*, p. 89.

³¹⁷⁷ BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschligen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, Deutsche ärzteblatt 2018; 115(22): A-1050 / B-883 / C-879, p. 5.

³¹⁷⁸ CEDH, *Evans contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 6339/05.

³¹⁷⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., « La procréation est-elle vraiment devenue une question de choix », *in* VERGES E., *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, *op. cit.*, p. 186 ; ROMAN D., « L'AMP, nouveau droit de l'homme ? Note sous CEDH, *Evans contre Royaume-Uni* », *RDSS*, 2007, p. 810.

³¹⁸⁰ DIONISI-PEYRUSSE A., « Le droit de l'assistance médicale à la procréation sous le prisme du genre », *op. cit.*, p. 4.

³¹⁸¹ CEDH, *Evans contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 6339/05, §42 : en Autriche et en Estonie, l'homme ne peut révoquer son consentement que jusqu'au moment de la fécondation.

France. L'ordre juridique confère un poids formellement égal aux deux consentements, amplifiant, par ce biais, les effets de genre du parcours d'AMP³¹⁸².

1059. L'invisibilisation de ces atteintes est d'autant plus problématique qu'elle s'inscrit dans un contexte social, médical et juridique qui tend à répartir inégalement les responsabilités procréatives³¹⁸³. En effet, de nombreux travaux en histoire des sciences ont établi que la prise en charge de la procréation a historiquement été rattachée au domaine de la santé reproductive et appréhendée comme exclusivement féminine, en raison d'une concentration du corps médical sur le corps reproducteur féminin³¹⁸⁴. Le traitement de la stérilité ne fait pas exception. Historiquement, et jusqu'au 20^{ème} siècle, la stérilité est perçue comme une question strictement féminine³¹⁸⁵. Encore aujourd'hui, la médecine pérennise cette « *prévalence idéologique de la responsabilité féminine dans la stérilité* »³¹⁸⁶. Pendant des années, d'ailleurs, « *des femmes sont traitées pour une cause mineure d'hypofertilité, sans que l'on s'aperçoive que leur partenaire souffrait d'une aspermie* »³¹⁸⁷. Nombreux sont encore les médecins qui n'évaluent tout d'abord que l'appareil reproducteur des femmes et qui n'examinent celui des conjoints que par la suite, allant parfois jusqu'à prescrire des tests très intrusifs pour les femmes alors même qu'elles ne sont pas à l'origine de l'échec procréatif³¹⁸⁸. Ainsi, « *sur les plans idéologique et historique, les femmes sont désignées comme responsables de l'échec procréatif* »³¹⁸⁹. C'est sur elles que repose la charge de la procréation et le poids de son échec. La médicalisation de l'AMP encourage alors l'idée selon laquelle la part des hommes dans la procréation serait négligeable car la maternité serait une fonction naturelle pour les femmes. Le fait que les processus d'AMP puissent impliquer, pour elles, des risques à leur intégrité physique n'est que peu interrogé. La naturalisation du désir de maternité explique en partie que de telles atteintes soient si peu questionnées : « *Puisque la maternité est leur rôle [...] quand la procréation est un problème c'est leur problème* »³¹⁹⁰. Mais par ce même biais, l'invisibilisation des atteintes - par la médecine et par le droit - renforce, elle aussi, cette naturalisation. La médicalisation de la stérilité - qui justifie juridiquement un bon nombre d'atteintes - peut ainsi être vue comme « *poussant encore un peu plus en avant les*

³¹⁸² HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., « La procréation est-elle vraiment devenue une question de choix », in VERGES E., *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, op. cit., p. 187 ; ROMAN D., « L'AMP, nouveau droit de l'homme ? Note sous CEDH, Evans contre RU », *RDS*, 2007, p. 810.

³¹⁸³ TAIN L., *Le corps reproducteur*, Paris, Presses de l'EHESS, 2013, p. 67.

³¹⁸⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³¹⁸⁵ LÖWY I., « Assistance médicale à la procréation et traitement de la stérilité masculine en France », op. cit., p. 80 ; TAIN L., *Le corps reproducteur*, op. cit., p. 105.

³¹⁸⁶ Propos de Françoise Héritier cités par ROZÉE V., MAZUY M., « L'infertilité dans les couples hétérosexuels : genre et gestion de l'échec », op. cit., p. 20.

³¹⁸⁷ CATTO M.X., *Principe d'indisponibilité du corps humain - limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 466.

³¹⁸⁸ ROZÉE V., MAZUY M., « L'infertilité dans les couples hétérosexuels : genre et gestion de l'échec », op. cit., p. 17 et p. 18.

³¹⁸⁹ ROZÉE V., MAZUY M., « L'infertilité dans les couples hétérosexuels : genre et gestion de l'échec », op. cit., p. 20.

³¹⁹⁰ CATTO M.X., *Principe d'indisponibilité du corps humain - limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 482.

obligations sociales de la maternité»³¹⁹¹. Tant la pathologisation et la médicalisation de la stérilité, que l'invisibilisation des risques que comprend son traitement, participent alors à une appréhension de la maternité « *comme un désir quasiment naturel et la réduction de celle-ci à un phénomène biologique* »³¹⁹² et légitime que les corps des femmes supportent le poids de la réalisation du projet parental.

1060. En privilégiant la FIV sur le don de gamète ou le don d'embryon, le « *dispositif actuel favorise une vision "biologisante" de la famille où l'enfant a un lien génétique avec [ses] deux parents. Le 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* »³¹⁹³. De plus, si dans le cadre d'une FIV, les femmes consentent en espérant un bénéfice pour elles-mêmes et que cette décision procède donc de leur liberté procréative, il faut malgré tout noter que le recueil de leur consentement n'est pas particulièrement encadré³¹⁹⁴. L'information donnée au couple ne concerne que les questions de filiation en lien avec le don de sperme et non les risques encourus par la femme. Dans la mesure où « *le recours au don n'a d'influence que sur la filiation paternelle, l'information consiste surtout à informer le père qu'il ne pourra pas renoncer à sa paternité* »³¹⁹⁵.

1061. En Allemagne, certains auteurs considèrent d'ailleurs que l'information relative aux risques de la FIV est trop faible, et que le consentement donné par la femme est, par conséquent, peu éclairé, d'autant plus qu'il s'exprime dans le cadre d'une relation déséquilibrée où les pouvoirs de la médecine à concrétiser les espoirs d'enfant ont tendance à être idéalisés³¹⁹⁶.

1062. Le droit ne procède pas à une « *balance des intérêts entre l'intérêt subjectif à la liberté génésique et l'intérêt objectif de la protection de la santé* »³¹⁹⁷. Ce déséquilibre est encore plus visible en ce qui concerne, en droit français, l'autorisation du don d'ovocytes.

³¹⁹¹ ENGELI I., « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse - les aléas de la mobilisation féministe », *op. cit.*, p. 204.

³¹⁹² ABELS G., « Biopolitik in supranationalen Arenen : Policy Prozesse mit oder ohne Repräsentation von Frauen ? », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperter Technik - Entkörperter Frauen, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 237.

³¹⁹³ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil*, *op. cit.*, p. 80.

³¹⁹⁴ *Ibid.*

³¹⁹⁵ *Ibid.*

³¹⁹⁶ GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 28.

³¹⁹⁷ *Ibid.*

II. La normalisation de la maternité par le traitement unifié du don de gamète en droit français

1063. En France, à la différence du droit allemand qui l'interdit³¹⁹⁸, le don d'ovocyte est autorisé. L'article L1244-1 CSP dispose que « *le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation* ». Le don d'ovocyte est justifié sur le plan politique par la nécessité d'aider les couples à procréer même lorsque la femme ne produit pas d'ovocytes. Cette pratique n'entache en effet pas la normalisation de l'institution familiale : elle permet le maintien du modèle *pseudo-procréatif* et les *apparences* de la famille traditionnelle car le don d'ovocyte est invisible ; c'est la grossesse et l'accouchement qui permettent de « *simuler l'acte sexuel* »³¹⁹⁹. Sur le plan juridique, le don d'ovocyte est à nouveau justifié par son objectif thérapeutique dans l'intérêt d'autrui³²⁰⁰. Pourtant, ce type de don suppose la réalisation d'une stimulation ovarienne et d'une ponction ovocytaire qui comprennent des risques pour la santé des femmes. La spécificité du don d'ovocyte est d'ailleurs mise en lumière par certains parlementaires lors des débats parlementaires de 1994 lorsqu'ils soulignent que « *le don d'ovocyte est une épreuve car le prélèvement est pour la femme une épreuve physiologique et physique, nécessitant une hospitalisation et une anesthésie générale, au contraire de la procréation naturelle qui, elle, je vous le rappelle, se fait dans le plaisir* »³²⁰¹ et qu'il faut « *se méfier de la symétrie qui a été faite entre don de sperme et don d'ovocyte* »³²⁰². Or, non seulement le droit français autorise une pratique dangereuse au nom de l'intérêt thérapeutique des tiers mais qui plus est, il l'encourage, l'encadre peu et l'assimile au don de gamète.

1064. En effet, si en 1994, le don d'ovocyte, sans être interdit par le droit, est marginalisé par les conditions strictes posées par le Code de santé publique³²⁰³, la réforme de 2011 favorise le don³²⁰⁴, en particulier d'ovocytes, en augmentant le nombre de donneuses potentielles et en prévoyant des mesures incitatives. Il a notamment supprimé la condition relative à l'engendrement préalable, qui nuisait au don d'ovocytes. Dans la mesure où l'âge moyen de la femme à l'accouchement est aux alentours de 30 ans³²⁰⁵, cette condition réduisait le nombre de donneuses potentielles et donc, le

³¹⁹⁸ Précisément, pour protéger « *le corps de la femme* », selon FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine*, op. cit., p. 11.

³¹⁹⁹ IACUB M., *Le crime était presque sexuel - et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 203.

³²⁰⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 2) ; article 16-3 Code civil.

³²⁰¹ Sénat, 13 janvier 1994, Charles Descours, p. 122.

³²⁰² Sénat, 13 janvier 1992, Franck Sérusclat, p. 132.

³²⁰³ Le Code impose, par exemple, que pour pouvoir faire don de ses gamètes, il faille notamment avoir déjà procréé : Ancien article L673-2 CSP inséré par la Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

³²⁰⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³²⁰⁵ Données de l'INSEE - âge moyen de la mère à l'accouchement, disponible sur <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381390>.

nombre d'ovocytes pouvant être recueilli. En outre, depuis 2011, le législateur propose une « compensation »³²⁰⁶ aux donneuses qui ont désormais la possibilité de conserver, pour leur propre bénéfice, certains des ovocytes prélevés³²⁰⁷. Cet élargissement des conditions et le caractère incitatif des nouvelles mesures répondent à un objectif de lutte contre la pénurie de sperme et d'ovocytes disponibles³²⁰⁸. Mais cette compensation suscite des interrogations au regard notamment du principe de gratuité du don, en particulier d'ovocytes³²⁰⁹. Cette compensation peut en effet être perçue comme une sorte de contrepartie au don, voire comme une *incitation* à sa réalisation. Comme le souligne Lisa CARAYON, « le “cadeau” de l'autoconservation peut 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 »³²¹⁰. Ce cadeau invisibilise alors les dangers que représente ce don, et ce, alors même que la donneuse ne pourra disposer que d'un faible nombre d'ovocytes. En effet, ces mesures incitatives sont accompagnées de réserve³²¹¹. Si la donneuse peut conserver des ovocytes pour son bénéfice futur, l'arrêté du 24 décembre 2015 précise qu'une telle possibilité n'est envisageable que si assez d'ovocytes sont produits : « Jusqu'à 5 ovocytes matures obtenus, tous les ovocytes sont destinés au don et la conservation au bénéfice de la donneuse n'est alors pas réalisée ; de 6 à 10 ovocytes matures obtenus, au moins 5 ovocytes matures sont destinés au don ; au-delà de 10 ovocytes matures obtenus, au moins la moitié des ovocytes matures est dirigée vers le don »³²¹². Par ailleurs, pour pouvoir bénéficier par la suite d'une FIV, il faudra qu'elle remplisse les conditions légales d'accès à l'AMP³²¹³.

1065. De plus, alors que le don d'organes fait l'objet d'un consentement spécifique qui doit être recueilli par le juge³²¹⁴, le recueil du consentement ne nécessite aucune intervention extérieure en cas d'ovocytes. Ainsi, « 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

³²⁰⁶ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p.106.

³²⁰⁷ Décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes : « Il précise l'information qui doit être délivrée au donneur de gamètes (femme ou homme) n'ayant pas procréé, en particulier à la donneuse qui souhaite conserver à son bénéfice une partie de ses ovocytes ». Voir HENNETTE-VAUCHEZ S., BELLIVIER F., « Bioéthique, regards croisés sur les objets et les pratiques scientifiques et techniques », *Cahiers Droit, Sciences&Technologies*, 6/2016, §24.

³²⁰⁸ C'est un objectif revendiqué par le rapport annuel de l'ABM de 2013 : ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'Agence de la biomédecine*, 2013.

³²⁰⁹ NEIRINCK C., « L'égalité sexuée, péché originel de la procréation médicalement assistée », *op. cit.*, p. 552 ; CCNE, Avis n° 129, *Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018 - 2019*, *op. cit.*, p. 117.

³²¹⁰ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil*, *op. cit.*, p. 80.

³²¹¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., BELLIVIER F., « Bioéthique, regards croisés sur les objets et les pratiques scientifiques et techniques », *Cahiers Droit, Sciences&Technologies*, 6/2016, §25.

³²¹² Arrêté du 24 décembre 2015 pris en application de l'article L2141-1 du code de la santé publique et modifiant l'arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation

³²¹³ *Ibid.*

³²¹⁴ Article L1231-1 CSP.

et sans aucun risque sanitaire, le don d'ovocyte présente des dangers réels »³²¹⁵. Cet encadrement pour le moins léger du consentement de la donneuse, malgré les risques de celui-ci, contribue à l'invisibilisation juridique des dangers que représente le don d'ovocytes pour les femmes. Il semble que la pénurie d'ovocytes légitime l'absence de protection spécifique des donneuses. Si dans le cadre d'une FIV, les risques peuvent être contrebalancés par les bénéfices que la femme pourra tirer de l'AMP, dans le cas d'un don d'ovocytes, c'est avant tout dans l'intérêt d'autrui que « l'abnégation »³²¹⁶ des donneuses « est encouragée »³²¹⁷.

1066. Nonobstant les dispositions réglementaires qui précisent que « la donneuse d'ovocytes est informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire ainsi que des risques et des contraintes liés à ces techniques »³²¹⁸ ; seules deux dispositions législatives sont spécifiques au don d'ovocyte : l'une est relative à l'autorisation d'absence des femmes au travail pour les examens médicaux relatifs à la ponction ovocytaire³²¹⁹ et l'autre à l'information régulière par les médecins de leurs patientes sur le don d'ovocyte³²²⁰. Pour le reste, le législateur appréhende ces deux types de dons de la même manière.

1067. En autorisant, favorisant et invisibilisant les risques d'atteintes à l'intégrité physique que connaissent les femmes dans le cadre du don d'ovocyte et de la FIV, le droit français et le droit allemand normalisent indirectement la maternité. En effet, ils encouragent une forme de naturalisation de la maternité, et une répartition inégalitaire des responsabilités procréatives. « *Au final, là même où on a voulu installer l'égalité (les femmes maîtres de leur destin, au même titre que les hommes), s'est réinstallée - ou fortifiée - une attribution quasi-exclusive aux femmes du souci de parentalité, avec les affres du for intérieur qui l'accompagnent* »³²²¹. Cette répartition inégalitaire des responsabilités procréatives tend à encourager l'idée selon laquelle la maternité serait une fonction inhérente à l'identité féminine.

1068. Cette analyse est appuyée par une autre pratique de l'AMP, cette fois interdite : la gestation pour autrui (GPA). En France comme en Allemagne, l'encadrement juridique de la GPA montre en effet que le droit tend encore *normaliser* la maternité à l'aune d'une conception physiologique de celle-ci.

³²¹⁵ CARAYON L., « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN A.S., LECKEY R., *L'abnégation en droit civil, op. cit.*, p. 80.

³²¹⁶ *Ibid.*

³²¹⁷ *Ibid.*

³²¹⁸ Décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes.

³²¹⁹ Article L1244-5 CSP : « La donneuse bénéficie d'une autorisation d'absence de son employeur pour se rendre aux examens et se soumettre aux interventions nécessaires à la stimulation ovarienne et au prélèvement ovocytaire. Lorsque la donneuse est salariée, l'autorisation est accordée dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L1225-16 du Code du travail ».

³²²⁰ Article L1244-1-1 CSP : « Les médecins gynécologues informent régulièrement leurs patientes sur le don d'ovocytes ».

³²²¹ MEMMI D. « Une discrète naturalisation de la maternité : le for intérieur féminin face aux aléas de la reproduction », *Sociologie*, 2016/4, Vol. 7, p. 419.

Sous-section 2. Les processus de normalisation de la maternité en matière de GPA

1069. En France et en Allemagne, le droit de la filiation fait de l'accouchement le fondement automatique de la maternité comme si, *par nature*, les femmes étaient attirées à la maternité (I). En encourageant davantage une conception biologique ou physiologique de la *bonne* maternité que de la *bonne* paternité, le cadre juridique de la GPA favorise ensuite une définition différenciée et genrée de la *bonne* parenté. Son interdiction peut en effet être lue comme servant la défense d'une conception naturalisante de la maternité, qui tend à inscrire cette fonction sociale *dans le corps* des femmes (II).

I. La maternité, une réalité incontestable du fait de l'accouchement

1070. Le droit de la filiation, en France comme en Allemagne, tend à faire de l'accouchement le fait générateur de la maternité (A). La *naturalité* de cette définition peut pourtant être déconstruite. Rien n'impose en effet au législateur d'établir un lien de causalité automatique entre l'accouchement et l'établissement de la filiation maternelle. Preuve en est : il n'en a pas toujours été ainsi, et il en va toujours autrement pour la filiation paternelle. Analyser l'évolution historique de la définition juridique de la maternité permet dès lors de mettre en lumière le fait qu'aucune vérité biologique n'impose au législateur cette naturalisation mais qu'il s'agit d'un *choix politique*. Ce choix peut dès lors être lu comme une expression supplémentaire du travail de normalisation de la maternité qui est à l'œuvre dans l'encadrement juridique de la procréation (B).

A. La définition naturalisante de la maternité en droit positif

1071. En droit français et allemand de la famille, l'accouchement est semblablement le fait générateur de la maternité. En France, l'article 311-25 du Code civil dispose que « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* », tandis qu'en Allemagne, c'est le §1591 du Code civil allemand qui dispose expressément que « *la femme qui accouche est la mère de l'enfant* »³²²².

1072. Le texte français, à la différence de son équivalent allemand, ne fait pas explicitement de l'accouchement le fondement de la maternité ; mais il est consensuellement interprété comme établissant un lien de causalité automatique entre l'accouchement et l'établissement d'un lien de filiation maternelle. Dès 2000, le juge du TGI de Brive déclare ainsi qu'il « *est désormais admis que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel emporte de facto établissement juridique de*

³²²² §1591 BGB.

la filiation naturelle sans qu'une reconnaissance soit nécessaire »³²²³. En 2002, la Cour d'appel de Rennes énonce « que l'adage latin “*mater semper certa est*” qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l'enfant trouve application en France [...] qu'il est donc patent qu'en droit français la mère est celle qui porte l'enfant et lui donne la vie en le mettant au monde ; qu'en conséquence la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle »³²²⁴. La Cour de cassation considère, en 2006, que la femme « étant désignée en tant que mère dans l'acte de naissance de Y... [il en résulte] que la filiation maternelle de celui-ci est établie »³²²⁵. Ainsi, le nom de la femme qui accouche est automatiquement inscrit dans l'acte de naissance³²²⁶ et la seule inscription de son nom dans l'acte de naissance fait d'elle la mère de l'enfant³²²⁷. Certains manuels de droit de la famille indiquent ainsi que « la mère est celle qui a accouché - la grossesse et l'accouchement permettent de savoir qui est la mère »³²²⁸. Par ailleurs, l'annulation de la filiation maternelle n'est possible que si la preuve est apportée que la femme n'a pas accouché de l'enfant ; l'article 325 du Code civil disposant que « l'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché ». Par ailleurs, l'action en recherche de maternité est prévue par l'article 341 du Code civil et c'est là aussi le fait de l'accouchement qui est déterminant³²²⁹.

1073. En Allemagne comme en France, le droit *naturalise* la maternité ; il l'appréhende comme un *fait naturel*, comme si c'était la *nature* - et non le droit - qui fondait et définissait la maternité. Cette naturalisation est d'autant plus visible que ce n'est même pas l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance qui fonde la maternité - ce qui suppose une action entérinée par le droit - mais l'accouchement lui-même - c'est-à-dire un pur fait.

1074. Il faut par ailleurs souligner que ces définitions de la maternité sont récentes. En effet, ce sont les réformes de la filiation de 1997³²³⁰ en Allemagne et de 2005 en France³²³¹ qui provoquent

³²²³ TGI Brives, 30 juin 2000.

³²²⁴ CA Rennes, 4 juillet 2002, RG n° 0102471. Voir GRANET F., « Établissement de la filiation maternelle hors mariage », *Dalloz*, 2001, p. 972.

³²²⁵ CC, 1^{ère} chambre civile, 14 février 2006, n° 0513006 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 20 février 2008, n° 07-13642 ; 15 décembre 2010, n° 09-16968.

³²²⁶ NEIRINCK C., « Enfance », *op. cit.*, §20.

³²²⁷ CC, 1^{ère} chambre civile, 13 mars 2007, n° 0616675. Dans le même sens, CA Bordeaux, 1^{ère} chambre, sect. A, 6 mars 2007, n° 0603932.

³²²⁸ BATTEUR A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ, 2017, p. 150.

³²²⁹ Article 341 Code civil : « La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui exerce l'action sera tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. Il sera reçu à le prouver en établissant qu'il a, à l'égard de celle-ci, la possession d'état d'enfant naturel. À défaut, la preuve de la filiation pourra être faite par témoins, s'il existe, soit des présomptions ou indices graves, soit un commencement de preuve par écrit, au sens de l'article 324 ci-dessus ».

³²³⁰ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG) - loi de réforme du droit de la famille et de la filiation, 16 décembre 1997, BGBl I, p. 2942.

³²³¹ Voir l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JO, n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159. Puis loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation. Cette réforme découle notamment de l'obligation pour le législateur d'aligner définitivement les filiations légitimes et naturelles, au nom de l'égalité, et partant, les modes d'établissement de la filiation maternelle. Voir, GRANET-LAMBRECHTS F., « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet

ce « recentrage de la maternité juridique autour du fait biologique de l'accouchement »³²³². Auparavant, loin de reposer sur des éléments factuels impliquant le corps des femmes, le fondement de la maternité pouvait tout aussi bien être trouvé dans des artifices juridiques - à commencer par des institutions comme le mariage.

B. La naturalisation de la maternité par le législateur

1075. Rien n'impose aux ordres juridiques français et allemand de fonder la maternité sur l'accouchement. Par le passé, le législateur fondait d'ailleurs la maternité davantage sur l'institution du mariage que sur l'accouchement (1). Que ce soit en France ou en Allemagne, le législateur continue du reste de fonder la paternité sur un acte *volonté*. Cette différence de traitement dans l'établissement du lien de filiation maternelle et paternelle tend à renforcer l'idée selon laquelle la *bonne* maternité serait plus biologique - ou physiologique- que sociale à la différence de la *bonne* parenté (2).

1. Historiquement, les fondements non physiologiques de la maternité

1076. En France et en Allemagne, l'accouchement n'a pas toujours été l'unique fait générateur de la maternité.

1077. Au 19^{ème} siècle, sous le régime du Code civil de 1804, et jusque dans les années 1970, l'analyse des règles juridiques relatives à la filiation mène nombre d'auteurs à considérer que les enfants sont davantage « engendrés par l'institution du mariage » que par les corps de leurs parents³²³³ : c'est avant tout le mariage qui fonde l'établissement de la filiation. Pour les pères, la présomption de paternité permet l'établissement automatique du lien de filiation, l'article 312 du Code civil de 1804 disposant que « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ». Et il en va alors de même pour les mères : en effet, même si l'établissement de la filiation maternelle s'établit dans les faits par l'inscription de son nom dans le certificat de naissance, il ne repose pas sur la preuve de cet accouchement. On en veut pour preuve qu'il est impossible d'annuler la filiation maternelle dès

2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *op. cit.*, p. 76 : NEIRINCK C., « Enfance », *Répertoire de droit civil*, octobre 2016 - actualisation : février 2017, §17. Voir HAUSER J., « Réforme de la filiation : les dispositions transitoires », *AJ famille*, 2005, p. 432.

³²³² DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'établissement de la filiation », in BLOCH P., DEPADT V., *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, 2007, p. 25.

³²³³ IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 58 ; voir également, NEIRINCK C., « Enfance », *op. cit.*, §20 : « Avant l'ordonnance du 4 juillet 2005, l'acception de la maternité des femmes mariées était implicitement déduite du mariage » ; LABRUSSE-RIOU C., LABRUSSE-RIOU C., « Filiation : généralités », *Répertoire de droit civil*, septembre 2009 : « Pendant plusieurs millénaires notre système de filiation fut basé sur le mariage des père et mère » ; THERY I., *Le démariage - justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 2001 : L'auteure démontre dans cet ouvrage que « c'est le mariage qui engendre des enfants ».

lors que son nom est inscrit dans le certificat et qu'elle se comporte comme une mère pour son enfant (possession d'état), et ce, même s'il s'avérait par la suite que la femme n'a pas accouché de l'enfant³²³⁴. L'article 322 alinéa du Code civil dispose en effet que « *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance* »³²³⁵. Ainsi, dès qu'un enfant naît *en mariage*, il se voit reconnaître une double filiation³²³⁶ ; l'article 319 prévoyant que « *la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil* ».

1078. Il est vrai que cet état du droit repose en partie sur le fait que la mère est supposée être certaine du fait de l'accouchement³²³⁷. Le droit pénal sanctionne d'ailleurs la substitution ou la supposition d'état³²³⁸. Par l'interdiction de la supposition d'enfant, il est donc en principe interdit d'attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché. Cependant, très peu d'actions sont menées au pénal sur ce fondement³²³⁹. Qui plus est, ce n'est pas le droit pénal qui indique les règles applicables, au quotidien, à l'établissement du lien de maternité. C'est le droit civil qui pose ces règles et, avec elles, la définition *de principe* de la maternité. Or, ce dernier apparaît fonder la filiation sur la volonté du couple - exprimée lors du mariage - de fonder une famille³²⁴⁰, de sorte que certains auteurs considèrent qu'il existe d'une quasi « *présomption de maternité* »³²⁴¹ jusqu'au milieu du 20^{ème} siècle. À l'appui de l'idée selon laquelle c'est historiquement la *volonté* qui fonde l'établissement du lien de filiation³²⁴², il faut souligner que, lorsque l'enfant naît *hors mariage*, la femme doit en principe reconnaître l'enfant³²⁴³, l'article 334 du Code civil de 1804 disposant que « *la reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance* ».

³²³⁴ Article 322 alinéa 2 du Code civil (version de 1804) : « *Et réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance* ».

³²³⁵ Article 319 du Code civil (version de 1804) : « *La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil* ».

³²³⁶ NIZARD A., « Droits et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », *Population*, 32^{ème} année, n° 1, 1977, p. 91. Les enfants sont dits légitimes, c'est-à-dire « *conformes au droit* ».

³²³⁷ D'où l'absence de disposition sur l'établissement de maternité dans le Code civil. Par ailleurs, l'article 341 admet « *la recherche de la maternité* », précisant que « *l'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est le même que l'enfant dont elle a accouché* ». LABRUSSE-RIOU C., « Filiation : généralités », *op. cit.*

³²³⁸ L'article 345 Code pénal : « *Les coupables d'enlèvement, de recéle ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion* ».

³²³⁹ IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 78.

³²⁴⁰ NIZARD A., « Droits et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », *op. cit.* p. 91 ; contra : THERY I., LEROYER A.M., *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*, p. 41.

³²⁴¹ IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 53.

³²⁴² NIZARD A., « Droits et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », *op. cit.* p. 92 ; IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 35.

³²⁴³ Article 334 et suivants du Code civil (version de 1804) ; voir également, NEIRINCK C., « Enfance », *op. cit.*, §20 ; NIZARD A., « Droits et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », *op. cit.* p. 96.

1079. Ainsi, même si de nombreuses inégalités existent par ailleurs entre les hommes et les femmes dans Code civil de l'époque³²⁴⁴, une des lectures possibles du droit de la filiation du début du 19^{ème} siècle conduit à placer la *volonté* - et non la *nature* - au cœur du système juridique de l'époque³²⁴⁵.

1080. Il en va de même en Allemagne puisque, historiquement, le droit de la filiation allemand³²⁴⁶ est lui aussi essentiellement fondé sur un « *ordre matrimonial* »³²⁴⁷. Ainsi, en 1900, il n'existe qu'un mode d'établissement unique de la filiation légitime fondé sur la présomption de paternité³²⁴⁸. Dès lors que le couple est marié, seules deux conditions sont nécessaires à l'établissement du double lien de filiation : que la conception ait eu lieu avant ou pendant le mariage et que le couple ait eu une vie commune³²⁴⁹. Le Code civil ne semble ainsi nullement exiger la preuve de l'accouchement³²⁵⁰. La centralité de l'institution maritale est telle que le Code civil de l'époque ne consacre aucune disposition spécifique à la filiation naturelle³²⁵¹. Il est alors possible d'en déduire que l'enfant naturel est automatiquement lié à la femme³²⁵² - il porte d'ailleurs son nom de famille³²⁵³ - sans pour autant qu'il ne soit précisé si c'est ici expressément l'accouchement qui sert de fondement à l'établissement du lien de filiation ou si une déclaration est nécessaire. Le Code civil de 1896 illustre donc une distinction marquée, comme en France, entre le mariage - institution valorisée - et la filiation naturelle - stigmatisée. Cette distinction tend ainsi à faire de l'institution matrimoniale - et non d'un fait physiologique - le fondement premier de la filiation maternelle.

³²⁴⁴ Le Code civil frappe l'épouse d'incapacité civile (Article 215 du Code civil). Il hiérarchise les sexes en la faveur du mari qui représente, à l'extérieur, le couple et la famille - lui seul dispose du droit de vote - et détient seul, à l'intérieur, la puissance maritale (Article 213 du Code civil) et la puissance paternelle (Article 371 du Code civil). En outre, le mariage détermine la frontière existant entre deux mondes, celui, politique et public, de l'homme et celui, privé et familial, de la femme. Il révèle, par ailleurs, l'existence d'une double morale sexuelle puisque l'adultère féminin est plus durement réprimé (Article 336 du Code pénal) que celui de l'homme (Article 339 du Code pénal), qui est même pénalement excusé s'il tue sa femme adultérine ou son amant (Article 324 Code pénal). De plus, la fille séduite de plus de 15 ans est seule fautive : elle et son bâtard n'ont aucun droit (KNIBIEHLER Y., *Histoire des mères et de la maternité en occident*, Paris, PUF, 2002, p. 67) et la recherche de paternité est interdite (Article 340 du Code civil) pour « *préserver la paix des familles* » (DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs*, 4/2003, n° 107, §60). THERY I., LEROYER A.M., *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 36.

³²⁴⁵ Napoléon considère bien que le « *mariage est le fondement de la famille, il n'est pas un produit de la nature mais de la société et de ses valeurs* ». Par ailleurs, Portalis estime que « *les familles sont la pépinière de l'État et c'est le mariage qui forme les familles* » - Propos cités par GRUNBERG G., *Napoléon Bonaparte. Le noir génie*, Paris, CNRS éditions, 2015.

³²⁴⁶ Il n'existe à cette époque pas de droit de la famille unifié en Allemagne.

³²⁴⁷ THERY I., LEROYER A.M., *Filiations, origines et parentalité - le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, p. 16.

³²⁴⁸ §1591 BGB (version de 1900) : « *L'enfant, qui est né après le mariage de ses parents, est légitime, lorsque la femme l'a conçu avant ou pendant le mariage et que l'homme vivant avec la femme pendant la période de conception. L'enfant n'est pas légitime, lorsque les circonstances montrent de manière évidente qu'il est impossible que l'enfant ait été conçu par l'homme* ».

³²⁴⁹ §1591 BGB (version de 1900).

³²⁵⁰ En 1969, alors que le droit allemand cherche à encadrer le sort des enfants naturels, le §1591 n'est pas modifié et le mariage reste (à la différence de la France à la même époque) le critère déterminant de l'établissement des filiations.

³²⁵¹ BUDZIKIEWICZ C., *Materielle Statusseinheit und kollisionsrechtliche Statusverbesserung*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2007, p. 26 ; STAUDINGER J., *BGB Kommentar*, §1600a, Rn 3 ; MUTSCHLER P., *in Münchener BGB Kommentar*, §1600a, Rn 1.

³²⁵² §1705 BGB (version de 1900).

³²⁵³ §1706 BGB (version de 1900).

1081. S'il en va désormais autrement, c'est notamment en raison du principe d'égalité qui impose progressivement l'alignement des filiations naturelles et légitimes. Lorsque le législateur français décide d'harmoniser les régimes d'établissement de la filiation maternelle des enfants légitimes et naturels³²⁵⁴, il dispose alors de deux options : la fonder sur la seule *volonté* de la femme de devenir mère ou sur le *fait* biologique de l'accouchement. Il se décide en faveur de la seconde option³²⁵⁵. Il faut cependant observer que la filiation paternelle ne découle pas, à l'instar de la filiation maternelle, d'un fait physiologique, mais reste toujours, par principe, le fruit d'un acte de volonté : la déclaration. Cette différence de traitement peut alors être perçue comme l'expression d'une plus forte naturalisation de la maternité que de la paternité.

2. Les fondements non physiologiques de la paternité

1082. En France et en Allemagne, trois mécanismes permettent l'établissement du lien de filiation paternelle : la présomption de paternité liée au mariage, la reconnaissance, le jugement judiciaire - auxquels s'ajoute en France le mécanisme spécifique de la possession d'état. Ces trois modes d'établissement procèdent tous d'une forme de volonté³²⁵⁶. En effet, la présomption de paternité joue dès lors que « *l'enfant [est] conçu ou né pendant le mariage* ». Au regard de l'article 312 du Code civil français ou du §1592 du Code civil allemand, cet enfant a pour père le mari de sa mère, qu'il soit ou non le géniteur de l'enfant. Il en va de même de la possession d'état³²⁵⁷ ou de la reconnaissance³²⁵⁸ : les conditions posées par les textes ne sont pas liées à l'existence d'un lien biologique entre le père et l'enfant ; ils ménagent tous une place (variable) à la volonté³²⁵⁹.

³²⁵⁴ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 669 ; IACUB M., *L'Empire du ventre*, *op. cit.*, p. 153. Voir aussi, PICHARD M., « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements*, n° 82, 2015/2, p. 145.

³²⁵⁵ LABRUSSE-RIOU C., « Filiation : généralités », *op. cit.* : « C'est en 1972 que la vérité biologique articulée à la vérité affective et sociologique établie par la possession d'état, a pu être reconnue comme conséquence de l'admission du principe d'égalité des enfants légitimes et naturels » ; IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 155.

³²⁵⁶ PICHARD M., « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements*, n° 82, 2015/2, p. 145.

³²⁵⁷ Article 316 Code civil : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance. La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique » ; §1594 du Code allemand.

³²⁵⁸ Article 317 du Code civil : « Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire. L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et, si le juge l'estime nécessaire, de tout autre document produit, qui attestent une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1. La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance. La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours ».

³²⁵⁹ PICHARD M., « La filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 142.

1083. Il est vrai cependant qu'en ce qui concerne l'établissement judiciaire de la paternité, prévue par l'article 327 du Code civil ³²⁶⁰ et le §1600d du Code civil allemand, le mode de preuve privilégié est l'expertise biologique³²⁶¹. En Allemagne, le juge peut même contraindre les intéressés à la réalisation d'un test génétique³²⁶². L'expertise biologique est non seulement de *droit* mais peut également être réalisée par la contrainte³²⁶³. Rainer FRANK souligne que « *la possibilité de contraindre les intéressés aux expertises diverses est très symptomatique encore de l'aversion que témoigne, à l'égard du secret, le droit allemand de la filiation. En France, le fait de contraindre par la force ou d'ordonner l'examen sous astreinte est impossible. Le juge pourra seulement tirer les conséquences utiles du refus* »³²⁶⁴. La paternité tend alors, à plus forte raison en Allemagne, à être fondée non pas sur la volonté mais sur l'existence d'un lien génétique entre le père et l'enfant. Les dispositions applicables à l'établissement judiciaire de la paternité ou à l'action en contestation de paternité peuvent être lues comme le signe de la « *prééminence mesurée de la composante génétique dans la filiation paternelle* »³²⁶⁵, d'autant plus que cette action a été élargie par le législateur depuis le début du 20^{ème} siècle³²⁶⁶.

1084. Encore faut-il toutefois en arriver à une action contentieuse. Or de telles possibilités « *ne sont pas indéfiniment possibles* »³²⁶⁷. Dans la grande majorité des cas, c'est par le biais de la présomption³²⁶⁸ ou de la reconnaissance - qui est le mode le plus courant d'établissement de la paternité³²⁶⁹ - qu'est établi un lien de filiation entre le père et l'enfant sans qu'il soit nécessaire, *en amont*, de prouver l'existence d'un lien génétique entre eux. Contrairement au lien de maternité, qui est d'abord et à titre principal, sinon exclusif, fondé sur l'accouchement, ce n'est pas un fait biologique qui fonde, par principe et en dehors de tout contentieux, la paternité. En effet,

³²⁶⁰ Article 327 du Code civil : « *La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée [et que] l'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant* ».

³²⁶¹ Voir : CC, 1^{ère} chambre civile, 28 mars 2000, n° 9812806.

³²⁶² §372a, 1 ZPO - Code de procédure civile - prévoit l'obligation pour les parties et les tiers de se prêter à tous les examens susceptibles de conduire à la découverte de la vérité biologique.

³²⁶³ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

³²⁶⁴ FRANK R, « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et en droit français de la famille », *RIDC*, 1993, p. 635 ; FURKEL F, « Le droit à la connaissance de ses origines en RFA », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 49, 1997, p. 931.

³²⁶⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « L'établissement de la filiation », *op. cit.*, p. 29.

³²⁶⁶ Voir sur cette question, FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 669.

³²⁶⁷ PICHARD M., « La filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 143.

³²⁶⁸ IACUB M., *L'Empire du ventre - pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 53.

³²⁶⁹ DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 57.

« la protection du fondement biologique de la filiation est considérée comme un enjeu d'ordre public s'agissant de la maternité mais pas de la paternité. Une femme qui établit un lien de filiation à l'égard d'un enfant qu'elle n'a pas porté s'expose à deux réactions du ministère public : sur le terrain du droit civil, celui-ci pourrait contester ce lien, susceptible de camoufler un recours prohibé à la gestation pour autrui ; au pénal, la femme serait jugée coupable du délit de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil de l'enfant »³²⁷⁰.

1085. Contrairement à la mère, l'homme qui reconnaît un enfant dont il sait ne pas être le géniteur ne s'expose à aucune sanction. Cette différence d'appréciation de la participation biologique des corps dans les modes d'établissement des filiations paternelle et maternelle contribue à perpétuer l'idée selon laquelle la femme serait, *par nature, faite pour être parent, bien davantage que l'homme* ;³²⁷¹ ce dernier pouvant, lui, *choisir* s'il désire ou non être père. Il faut souligner en ce sens qu'en droit allemand la reconnaissance de paternité est conditionnée à l'accord de la mère de l'enfant³²⁷².

1086. De plus, lorsqu'elle est mise en parallèle avec l'action à fins de subsides³²⁷³, cette différence de traitement renforce une répartition genrée des responsabilités familiales. En effet, l'article 342 du Code civil français prévoit que, lorsque l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et son géniteur n'est pas souhaité ou possible³²⁷⁴, une action aux fins de subsides est malgré tout envisageable contre l'homme avec lequel la femme a eu des relations sexuelles pendant la période légale de conception, même si ce dernier n'est pas le géniteur de l'enfant. Les hommes peuvent alors se voir contraints de verser à l'enfant une pension alimentaire du simple fait qu'ils ont entretenu avec la mère de celui-ci des relations sexuelles³²⁷⁵ : *« Il n'est même plus alors question de la participation du père à l'entretien de l'enfant, mais bien de la participation d'un homme, du fait de son sexe, à l'entretien uniquement financier de l'enfant [...] le géniteur est conçu avant tout comme devant uniquement subvenir aux besoins de l'enfant reproduisant une représentation de la paternité uniquement pécuniaire »³²⁷⁶*. Cette action

³²⁷⁰ PICHARD M., « La filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 143.

³²⁷¹ Voire elle encourage une « vision matriarcale de la famille », sur ce point : LEROYER A.M., « Réforme de la filiation », *RTD Civ.*, 2005, p. 836.

³²⁷² §1592 BGB.

³²⁷³ Article 342 Code civil : « Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception ».

³²⁷⁴ Comme dans le cas de l'inceste pas exemple. Voir l'article 310-2 du Code civil Voir sur ce point notamment, ARDEEF I., « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ Famille*, 2012, p. 39.

³²⁷⁵ L'article 342 alinéa 3 du Code civil va même plus loin en énonçant que : « L'action est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code ». Voir sur cette question, DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 64.

³²⁷⁶ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 701. ; MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 479.

est jugée significative d'un « *archaïsme juridique révélateur d'une certaine conception de la paternité* »³²⁷⁷ qui tend à faire des pères de simples pourvoyeurs d'aliments³²⁷⁸.

1087. Une telle différence peut être lue comme soutenant une appréhension différente de la paternité et de la maternité et *a fortiori* des rôles parentaux. Le droit *normalise* différemment la maternité et la paternité : il construit des modèles différents de la *bonne* parenté, la femme étant perçue comme plutôt faite pour les soins de la petite enfance et le père comme un pourvoyeur de ressources financières³²⁷⁹. Par ailleurs, « *la prépondérance accordée au lien maternel conforte la représentation selon laquelle le lien forgé entre la mère et l'enfant pendant la grossesse* »³²⁸⁰ ; lien qui « *doit se traduire au-delà de celle-ci* »³²⁸¹, n'existe pas pour la paternité et justifie une appréhension différente des tâches parentales. Désormais, « *on part [donc] du principe [...] que toutes les femmes vont vouloir être rattachées à l'enfant, la gestatrice ne peut que vouloir être mère* »³²⁸². Par ce biais, le droit soutient et pérennise « *l'idée d'un certain déterminisme du lien naturel entre la mère et l'enfant, qui échappe à la volonté de la femme qui accouche* »³²⁸³. Cette idée est renforcée par la manière dont les acteurs juridiques appréhendent la GPA.

II. L'interdiction de la GPA au nom d'une remise en cause des fondements naturels de la maternité

1088. Les arguments invoqués à l'appui de l'interdiction de la GPA, en France et en Allemagne, participent d'une normalisation de la maternité en nourrissant sa naturalisation. Sans prétendre d'aucune manière trancher ou prendre part au débat relatif à la GPA, le propos s'attachera ici à souligner la manière dont les ordres juridiques français et allemand appréhendent la maternité dans ce cas particulier. Pour ce faire, on peut en premier lieu s'interroger sur les raisons d'être de l'interdiction de la GPA en droits français et allemand. À ce titre, l'analyse détaillée de son régime juridique permettra de poser l'hypothèse selon laquelle cette interdiction ne vise pas tant à protéger les différents protagonistes de la GPA, mais plutôt à préserver la règle selon laquelle l'accouchement fonde la maternité. Historiquement, la GPA apparaît en effet prohibée car elle

³²⁷⁷ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 479.

³²⁷⁸ Voir DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Droit civil et paternité », *Revue française des affaires sociales, Pères et paternité*, Hors-série, novembre 1988, p.130 : « *Le père est d'abord celui qui pourvoit aux besoins de l'enfant* ».

³²⁷⁹ FULCHIRON H., « Les paternités forcées : projet parental *versus* géniteur payeur », *Droit de la famille*, 2017, p. 1 : « *Géniteur-payeur* » ; LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *Petites Affiches*, n° 120, juin 2016, p. 6 : « *Géniteur-portefeuille* ». Pour un mécanisme unique d'établissement fondé sur la volonté, voir aussi, PICHARD M., « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *op. cit.*, p. 141.

³²⁸⁰ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 713.

³²⁸¹ DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Le genre dans le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 65.

³²⁸² *Ibid.*, p. 58.

³²⁸³ FONDIMARE E., *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 657.

remet en cause l'accouchement comme fondement de la maternité, de sorte que l'interdiction de la GPA tend à normaliser la maternité à l'aune d'une conception physiologique de celle-ci (A). Face au développement de ce qui est parfois nommé le « *tourisme procréatif* »³²⁸⁴, les juges français comme allemands sont aujourd'hui confrontés à la question de la retranscription sur les registres d'état civil des liens de filiation établis dans le pays de réalisation de la GPA. Les fortes réticences des juges français et allemands à la reconnaissance des GPA légalement réalisées à l'étranger peuvent être interprétées comme marquant leur attachement à une certaine conception de la maternité qui se doit d'être fondée sur l'accouchement. Le contentieux de la GPA fournit dès lors une illustration supplémentaire des processus de normalisation que le droit met notamment en œuvre en procédant à une assimilation entre gestation et maternité, inscrivant cette dernière *dans* les corps des femmes (B).

A. L'interdiction de la GPA en droit français et allemand

1089. L'interdiction de la GPA en droit français et allemand a été historiquement instaurée en deux temps : le juge a d'abord invalidé la pratique et le législateur est intervenu pour condamner expressément ce procédé. Dans les deux cas, les justifications apportées à cette invalidation ont cherché à défendre - plus ou moins explicitement - une certaine conception physiologique de la maternité, que ce soit en France (1) ou en Allemagne (2).

1. L'interdiction en droit français

1090. En France, la GPA fût d'abord invalidée par le juge à partir des années 1980 (a) puis interdite par le législateur en 1994 (b), non pas tant pour protéger l'intégrité des différents protagonistes concernés par la GPA qu'une certaine conception de la filiation et, partant, de la maternité.

a. La jurisprudence

1091. À partir de la fin des années 1980, la question de la légalité de la GPA se pose au juge français alors que certaines associations installées en France aident des couples stériles à entrer en contact avec des femmes prêtes à porter leur enfant, servant ainsi d'intermédiaires dans la conclusion d'un contrat de GPA. Très rapidement un consensus chez les juges du fond se dessine

³²⁸⁴ LEMOULAND J-J., « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, p. 24.

sur la nullité de tels procédés³²⁸⁵. En 1989 et 1991, deux arrêts de la Cour de cassation³²⁸⁶ les invalident définitivement. Les fondements principaux de l'invalidation résident dans la violation des principes d'indisponibilité du corps et de l'état des personnes³²⁸⁷ ; principes qui signifient que le corps et l'état civil des personnes sont « *hors d'atteinte des volontés individuelles* »³²⁸⁸. Il est cependant possible de voir, derrière les arguments d'ordre public, la défense d'une certaine conception de la maternité.

1092. On peut tout d'abord observer que la Cour de cassation considère que la GPA est illégale car elle génère une « *situation d'abandon* »³²⁸⁹, alors même que le principe de la GPA est de dissocier l'accouchement de la maternité, la gestatrice n'ayant précisément pas vocation à être la mère de l'enfant. Pour estimer qu'il s'agit d'un abandon, le juge a donc nécessairement considéré que c'était l'accouchement qui fondait ici la maternité. Si tel n'était pas le cas, la femme ne serait pas la mère de l'enfant et le juge ne pourrait pas considérer qu'elle l'abandonne³²⁹⁰.

1093. On remarque ensuite que le juge estime que la GPA est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes en tant qu'elle « *a pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle* ». Or, le recours à cette notion de « *filiation réelle* »³²⁹¹ mérite

³²⁸⁵ Au moins une dizaine de décisions rendues entre 1984 et 1994 invalident le contrat et ses conséquences. Voir notamment, TA, Strasbourg, 17 juin 1986, *Association les cigognes*, JCP, II, 1987, p. 20719 ; TGI Marseille, 16 décembre 1987, GP, 30 janvier 1988, p. 98 ; TGI Paris 11 octobre 1988, Dalloz, 1988, p. 275. ; TGI Paris, 6 décembre 1989 cité par CA Paris, 9 novembre 1990, n° 1990-025059 ; TGI Paris 12 juillet 1989 cité par CA Paris, 15 juin 1990, 1^{ère} chambre, section C, RG : n° 8918375 ; CA Paris, 15 juin 1990, Dalloz, 1990, p. 542 ; CA Paris, 15 juin 1990, JCP, 1991, p. 21653, p. 107 ; CA Paris, 9 novembre 1990, n° 1990-025059. Jusqu'en 1989, il n'existe toutefois pas d'harmonisation jurisprudentielle et certains juges admettent tout de même l'adoption de l'enfant par ses parents d'intention : CA Paris, 15 juin 1990, 1^{ère} chambre, section C, RG n° 8918375 ; CA Paris, 15 juin 1990, JCP, 1991, p. 21653, p. 107 ; CA Paris, 9 novembre 1990, n° 025059 ; CA Poitiers 22 janvier 1992, n° 040325). Voir aussi, CCNE, Avis n° 3, *Les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle*, 23 octobre 1984.

³²⁸⁶ CC, 1^{ère} chambre civile, 13 décembre 1989 ; observations Alfandari et Jeantin, *RTD com.*, 1990, p. 223 ; CC, 31 mai 1991, JCP, 1991, II, p. 21752 ; observations Huet-Weiller, *RTD civ.*, 1991, p. 517 ; conclusions Dontenwille, JCP 1991, II, p. 21752 ; note Labrusse-Riou, *Revue critique de DIP*, 1991, p. 712.

³²⁸⁷ En 1989, la Cour déclare que « *ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes* » et en 1991 que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-elle à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant [...] contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Voir notamment, MASSIP J., « L'illicéité des associations tendant à favoriser les maternités de substitution », *Dalloz*, 1990, p. 273 ; ALFANDARI E., JEANTIN M., « Objet illicite. Association encourageant la maternité par substitution », *RTD com.*, 1990, p. 223 ; RUBELLIN-DEVICHI J., « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.*, 1990, p. 254 ; MESTRE J., « Formation (ou contenu) des contrats et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTD civ.*, 1992, p. 88.

³²⁸⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'analyse juridique du genre », *op. cit.*, p. 120.

³²⁸⁹ CC, 1^{ère} chambre civile, 13 décembre 1989, *bulletin civil*, I, 1989, n° 387, p. 260.

³²⁹⁰ CATTO M.X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, p. 12.

³²⁹¹ Voir aussi TGI Paris, 11 octobre 1988, Dalloz, 1988, p. 275 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 13 décembre 1989, JCP 1990, II, p. . Ce terme s'explique notamment par la rédaction de l'article 47 du Code civil qui indique que « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». En matière de GPA, le Conseil d'État s'interroge dans son dernier

d'être interrogé. Dans la mesure où toute filiation est un rapport défini par une norme (souvent juridique, on peut considérer l'expression incongrue. En effet, « *il n'y a pas de parents au-delà des institutions* »³²⁹². On ne saurait davantage comprendre l'expression comme renvoyant à l'idée que la filiation juridique devrait correspondre à la filiation biologique. On sait en effet que telle n'est pas la substance du droit de la filiation. C'est notamment le cas de la paternité, qui n'est pas nécessairement fondée sur un lien biologique. Faut-il alors en conclure qu'en ce qui concerne la maternité, il existerait des filiations en dehors de la sphère juridique ? Le juge sous-entend ici que la maternité est la conséquence d'un fait *naturel* qui s'impose à l'État, et produit *ipso facto* des effets juridiques. Avant même que le législateur n'établisse en 2005 un lien explicite entre accouchement et maternité³²⁹³, le juge considérait manifestement déjà que seul l'accouchement fondait la maternité.

1094. Il faut enfin souligner que le juge considère la GPA comme contraire au principe d'indisponibilité du corps humain. Le contrat d'entremise est réputé porter « *tout à la fois sur la mise à disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître* ». L'invalidation apparaît dès lors servir la protection du corps humain de la femme porteuse et de l'enfant. Pourtant, comme l'ont en effet souligné nombreux auteurs, les contrats portant sur le corps humain existent en nombre³²⁹⁴. Certains considèrent même que le contrat de travail lui-même peut être lu comme prenant le corps pour objet, tant son engagement est nécessaire à la capacité de travail - parfois physique - de l'individu. Par conséquent, il paraît excessif de considérer que c'est l'objet même du contrat qui justifie, pour le juge, la référence à l'indisponibilité du corps humain : ce ne sont *a priori* que certaines spécificités du contrat qui sont visées. Le juge ne fait d'ailleurs pas référence au corps de la femme porteuse dans sa totalité, mais à ses seules « *fonctions reproductrices* ». Il apparaît du reste pour le moins incongru que la protection de l'enfant à naître soit intégrée au principe d'indisponibilité du corps humain qui ne concerne *a priori* que la gestatrice. Dès lors, l'évocation de ce principe semble surtout placer les fonctions procréatives de la gestatrice hors d'atteinte de sa volonté individuelle, comme si l'usage de ces fonctions à des fins autres que l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant était susceptible de porter atteinte à la définition de la *bonne* maternité.

rapport sur le sens à donner au terme de « réalité » : « Ne faudrait-il pas la comprendre non comme une réalité biologique mais comme une réalité juridique au sens du droit local ? » (CE, Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, *op. cit.*, p. 86).

³²⁹² CATTO M.X, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *op. cit.*, p. 12.

³²⁹³ Par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation. cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

³²⁹⁴ Voir notamment, SUPIOT A, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, pages 54-59 ; GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 489 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne et le corps*, *op. cit.*, p. 54.

1095. Ainsi, les arguments d'ordre public invoqués ici par le juge n'apparaissent pas tant servir la protection des différentes personnes impliquées dans une procédure de GPA que l'institution de la filiation. Le juge l'appréhende ici à l'aune d'une conception de la maternité selon laquelle c'est la *nature* physiologique de l'accouchement qui fonde la maternité. Lorsque le législateur intervient en 1994, il approuve l'invalidation de la GPA, permettant la pérennité de la normalisation de la maternité que le juge avait initialement mise en œuvre.

b. La loi

1096. Lorsque le législateur intervient en 1994 pour réglementer le champ de l'AMP, il se déclare opposé à la gestation pour autrui, notamment car elle porte atteinte à l'institution de la filiation qui, en France, fonde la maternité sur l'accouchement³²⁹⁵. Trois séries d'arguments viennent à l'appui de cette analyse.

1097. En premier lieu, depuis 1994, les dispositions de droit positif ne concernent principalement que l'aspect « filiation » de la GPA. En effet, en droit civil le fondement principal de l'invalidation est l'article 16-7 du Code civil qui dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Mais en droit pénal, à l'exception de l'article 511-24 du Code pénal qui sanctionne le médecin qui a réalisé des activités d'AMP à d'autres fins que celles définies par l'article L2141-2 CSP³²⁹⁶, ce sont les articles 227-13 du Code pénal sur la supposition et la dissimulation d'enfant³²⁹⁷ ainsi que 227-12 CP sur la provocation à l'abandon³²⁹⁸ et l'entremise en matière de GPA³²⁹⁹ qui servent de fondement à l'interdiction de la GPA. Or, ces dispositions sont relatives aux « *atteintes à la filiation* »³³⁰⁰.

1098. En second lieu, les débats parlementaires des années 1992-1994 mettent également en lumière cette finalité. À l'époque, il y a consensus sur la question de la GPA³³⁰¹ dont l'interdiction

³²⁹⁵ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

³²⁹⁶ Relatives aux conditions d'accès.

³²⁹⁷ Article 227-13 du Code pénal : « *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

³²⁹⁸ Article 227-12 alinéa 1 du Code pénal : « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six ans* ». Voir en ce sens, Tribunal correctionnel de Blois, 22 mars 2018 mentionné par MIRKOVIC A., « Interdiction de la GPA : quand l'inertie judiciaire tourne à l'imbroglie juridique », *Dalloz actualité*, 20 juillet 2018. Dans le même sens, Tribunal correctionnel de Bordeaux, 1^{er} juillet 2015.

³²⁹⁹ Article 227-12 alinéa 2 et 3 du Code pénal : « *Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double* ».

³³⁰⁰ Chapitre 7, section 4 Code pénal.

³³⁰¹ Sénat, 13 janvier 1994, Jacques Habert, p. 126.

découle de l'évidence, de la « morale élémentaire »³³⁰². Les parlementaires se réfèrent au principe d'indisponibilité du corps humain pour expliquer cette interdiction³³⁰³. Ce principe n'est pourtant jamais explicité comme s'il s'imposait de lui-même comme « doté [s] d'une autorité morale évidente et irrécusable »³³⁰⁴. Les parlementaires insistent néanmoins sur l'importance qui s'attache à la sauvegarde de la stabilité de l'institution de la filiation³³⁰⁵, craignant un « éclatement de la notion de maternité »³³⁰⁶ qui remettrait en question « l'organisation de la société »³³⁰⁷. Le problème que pose la GPA dans les années 1990 n'est donc pas tant l'éventuelle réification, instrumentalisation ou commercialisation du corps des femmes que la dénaturalisation de la maternité³³⁰⁸. Ce n'est ainsi pas la protection concrète des personnes qui est recherchée mais la protection d'un ordre de valeurs abstraites au cœur duquel se situe la naturalisation de la maternité. D'ailleurs, les discussions ne tournent nullement autour de la question du consentement de la femme porteuse ou des conditions dans lesquelles une GPA pourrait être librement consentie³³⁰⁹. Celle-ci est considérée comme, *per se*, une atteinte à l'ordre public³³¹⁰ à laquelle on ne peut déroger par disposition contractuelle³³¹¹. L'interdiction législative de la GPA en 1994 apparaît donc largement liée à des questions de genre, dès lors que c'est la préservation d'une naturalisation (et donc d'une normalisation) par la règle de droit de la maternité qui est essentiellement en jeu.

1099. En troisième lieu, il faut également noter que la redéfinition législative de la maternité en 2005 - qui tend, on l'a vu, à assoir explicitement la maternité sur un fondement physiologique³³¹² - entend en partie lutter contre la GPA. En ce sens, une circulaire de 2006³³¹³ dispose que « le caractère équivoque [de la maternité] peut notamment résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi. Il peut en être ainsi

³³⁰² AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Gérard Léonard, p. 5816.

³³⁰³ AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Bernard Bioulac, p. 5718 : « L'indisponibilité du corps humain fait obstacle à ce que le corps et ses éléments soient traités comme des marchandises et deviennent objets de commerce. En conséquence sont affirmées, d'abord la nullité de toute convention à titre onéreux portant sur le corps et ses éléments [...] ultime conséquence de l'indisponibilité du corps, le projet affirme la nullité des conventions de mère porteuse et sanctionne le fait de servir d'intermédiaire entre un couple stérile et une mère porteuse » ; dans le même sens, également AN, séance 1 du 19 novembre 1992, Hubert Curien, p. 5726 ; Sénat, 14 janvier 1994, Jacqueline Fraysse-Cazalis, p. 128 ; Sénat, 13 janvier 1994, Jacques Habert, p. 126 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Nicole Catala, p. 5820.

³³⁰⁴ ROMAN D., « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2, n° 28, p. 194.

³³⁰⁵ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Denise Cacheux, p. 5821 : « Dans le domaine de la PMA, nous avons retenu quelques principes : ne pas faire naître d'enfants orphelins et ne pas détruire les structures de la filiation » ; dans le même sens, AN, séance 3 du 20 novembre 1992, M. Le garde des Sceaux, p. 5827.

³³⁰⁶ Sénat, 13 janvier 1994, Simone Veil, p. 1993.

³³⁰⁷ AN, séance 1 du 29 novembre 1992, Yvette Roudy, p. 5723 ; Sénat, 14 janvier 1994, Jacqueline Fraysse-Cazalis, p. 128.

³³⁰⁸ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, M. Le garde des Sceaux, p. 5827 : « L'intervention directe de la médecine sur le processus même de la vie doit-elle par exemple conduire à repenser la définition de la paternité ou de la maternité ? N'éprouve-t-on pas un vertige à entendre certains affirmer que l'une et l'autre puissent se dédoubler ? » ; Sénat, 19 janvier 1994, Claude Huriet, p. 292.

³³⁰⁹ Voir notamment sur cette question, HENNETTE-VAUCHEZ S., « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards déclarés sur la gestation pour autrui », in MASTRAIS A., *La procréation pour tous*, Paris, Dalloz, 2015, p. 146.

³³¹⁰ ROMAN D., « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *op. cit.*, p. 191.

³³¹¹ Article 6 du Code civil

³³¹² Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) ; DIONISI-PEYRUSSE A., « Le droit de l'assistance médicale à la procréation sous le prisme du genre », *op. cit.*, p. 5.

³³¹³ La circulaire du 30 mai 2006 prise pour l'application de l'ordonnance du 4 avril 2005.

lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui». Cette circulaire, qui entend empêcher la mère d'intention de faire valoir une possession d'état à l'égard de l'enfant³³¹⁴, confirme ainsi l'analyse selon laquelle l'un des enjeux premiers de la GPA en droit français est la redéfinition de la maternité qu'elle suscite³³¹⁵.

1100. À partir des années 2010, la GPA est davantage abordée dans les débats publics sous l'angle des droits des femmes : aujourd'hui « que l'on soit pour ou contre la GPA, c'est désormais au nom de la cause des femmes que l'on se justifie »³³¹⁶. Cela étant, en droit positif, la question n'est pas, dans un premier temps, analysée sous l'angle d'un conflit entre différents droits individuels mais sous l'angle de l'ordre public et de la protection de l'institution de la filiation. Cela participe à une (re)définition naturalisante de la maternité, la *bonne* maternité étant désormais celle qui est fondée sur l'accouchement. En Allemagne³³¹⁷, la question est, au contraire, davantage appréhendée sous l'angle des droits fondamentaux, ce qui n'empêche pas une normalisation de la maternité à l'aune d'une conception physiologique de celle-ci.

2. L'interdiction en droit allemand

1101. En Allemagne, à partir des années 1980, le juge est, comme en France, amené se prononcer sur la validité des conventions de GPA avant l'intervention du législateur. Toutefois, les juges semblent faire une analyse au cas par cas des conventions, s'attachant davantage aux conditions concrètes de leur mise en œuvre et notamment à son caractère gratuit³³¹⁸. Il ne se dégage ainsi pas en droit allemand de tendance claire à l'invalidation³³¹⁹. Malgré tout, certains arguments invoqués par les juges du fond mettent en lumière leur impossibilité à penser la maternité comme le fruit de la volonté humaine et non de la nature (a). Cette position est celle reprise par le législateur de 1990 qui interdit la GPA car elle contredit le principe d'unité de la maternité. Ce principe est un élément central de la loi de 1990 qui maintient une naturalisation de la maternité (b).

³³¹⁴ Article 317 Code civil : « Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire ».

³³¹⁵ Voir également, l'analyse de IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, *op. cit.*, p. 199 et suivantes.

³³¹⁶ ROMAN D., « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *op. cit.*, p. 191, p. 194.

³³¹⁷ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) pour l'AMP en général ; Cf. *infra* (partie 2, titre 1, chapitre 2) pour la GPA en particulier.

³³¹⁸ Voir en ce sens, VGH Hessen, 23 décembre 1987 Az. 11 TH 3526/87 ; KG Berlin, 10 mars 1985, AZ : IW5729/84 ; VG Ffm, 27 octobre 1987 ; AG Gütersloh, 17 décembre 1985 XVI 7/85). Pour la doctrine, voir notamment, DIEFENBACH A-K., *Leihmutterchaft- rechtliche Probleme für andere übernommene Mutterschaft*, Frankfurt am Main, 1990.

³³¹⁹ Le juge l'observe lui-même dans VGH Hessen, 23 novembre 1987 Az. 11 TH 3526/87.

a. La jurisprudence

1102. Certains juges ainsi qu'une partie de la doctrine considèrent en Allemagne la GPA comme *per se* illicite. Pour établir juridiquement l'invalidité de la GPA, certains juges se fondent sur le §134 du Code civil allemand qui prévoit la nullité des contrats contraires aux bonnes mœurs. En 1985, les juges de Hamm³³²⁰ et de Freiburg³³²¹ se fondent ainsi sur ce paragraphe pour invalider une convention de gestation pour autrui³³²². Ils estiment qu'elle est contraire aux bonnes mœurs car elle réifie l'enfant et le dégrade en marchandise :

*« Un contrat de mère porteuse est de toute façon contraire aux bonnes mœurs et nul, car il ne respecte pas la dignité de l'enfant à naître et nuit à son intérêt »*³³²³. Il estime que *« l'intérêt de l'enfant n'est pas protégé par le contrat, car la femme porteuse doit s'efforcer de ne pas se lier à l'enfant afin de pouvoir s'en séparer sans souffrir à la naissance, et du côté, des parents d'intention, rien n'indique qu'ils arriveront vraiment à se lier à un enfant avec lequel ils n'ont pas la génétique en partage. Les chances d'un bon développement de l'enfant sont réduites par le fait qu'il ne sera pas perçu comme l'enfant génétique du couple mais comme un enfant qu'ils ont acquis, qu'importe qu'il ait été voulu [...] ; d'autant plus que l'homme partage la parenté génétique avec une autre femme »*³³²⁴.

1103. De manière similaire au juge français, le juge allemand cherche à sauvegarder une certaine conception de la maternité. En effet, le juge estime ici que la femme enceinte va, du fait de la grossesse, nécessairement se lier à l'enfant, et qu'elle souffrira par conséquent de leur séparation. À l'inverse, le juge considère que la mère d'intention n'arrivera pas à se lier à l'enfant qu'elle n'a pas porté, *« qu'importe qu'il ait été voulu »*. Ainsi, le juge ne considère pas seulement que l'accouchement fonde *par nature* la maternité, il estime encore que la grossesse et l'accouchement sont au fondement des liens qui unissent une mère à son enfant. La femme enceinte ne devient pas seulement *mère* au sens juridique - et souvent social - du terme du fait de l'accouchement ; elle devient également *mère* sur le plan affectif par le biais de la grossesse. *A contrario*, le juge semble ici penser qu'une femme qui n'a pas porté l'enfant aura de grandes difficultés à éprouver de l'affection pour ce dernier. Un tel raisonnement véhicule bien, en creux, l'idée selon laquelle la maternité résulte d'une réalité biologique³³²⁵.

1104. Cependant, même lorsque le juge invalide la convention de GPA, cela ne signifie pas nécessairement une fin de non-recevoir à l'éventuelle mise en œuvre en *amont* d'une procédure

³³²⁰ OLG Hamm, 2 décembre 1985, NJW 1986, p. 781.

³³²¹ LG Freiburg, 25 mars 1987, NJW 1987, p. 1486.

³³²² Dans la décision du 2 décembre 1985, le père d'intention avait demandé, sur le fondement du contrat de GPA, le remboursement à la femme porteuse de la somme qu'il lui avait versée (27 000 DM) après que ne fût judiciairement constaté qu'il n'était pas le géniteur de l'enfant. Dans la seconde espèce, les parents d'intention demandent à la femme porteuse des dommages et intérêts pour les avoir trompés au moment de la conclusion du contrat de GPA et pour avoir refusé la remise de l'enfant à la naissance.

³³²³ OLG Hamm, 2 décembre 1985, NJW 1986, 781 : *« De tels contrats sont considérés à juste titre comme du commerce d'êtres humains au prix d'une voiture de seconde classe car l'indemnisation facultative des frais engendrés peut être considérée comme une rémunération »*.

³³²⁴ OLG Hamm, 2 décembre 1985, NJW 1986, 781.

³³²⁵ Dans le même sens, MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, op. cit., p. 482.

d'adoption de l'enfant par les parents. En effet, comme en France à la même époque ³³²⁶mais de manière plus nette³³²⁷, le juge allemand considère qu'il convient d'apprécier *in concreto* l'intérêt de l'enfant dans le cadre de la procédure d'adoption³³²⁸. Même après l'intervention du législateur, alors que certains juges refusent désormais l'adoption sur le fondement des nouvelles dispositions législatives³³²⁹, d'autres juges acceptent toujours de distinguer la question de la nullité du contrat de celle de la procédure d'adoption³³³⁰.

b. La loi

1105. Deux textes limitent explicitement la pratique de la GPA en Allemagne.

1106. Premièrement, la loi relative à la protection de l'embryon interdit expressément la GPA. Tout d'abord, le §1 de cette loi inscrit la GPA dans la catégorie des abus des techniques de médecine reproductive. Il précise qu'

« est sanctionné d'une peine maximale de trois ans ou d'une amende celui qui 1) transfère à une femme un ovocyte non fécondé qui n'est pas le sien ; 2) féconde un ovocyte à d'autres fins que la réalisation de la grossesse chez la femme dont provient l'ovocyte [...], 7) procède à une insémination artificielle chez une femme qui est prête à céder l'enfant à des tiers après sa naissance (mère de substitution) ou qui lui transfère un embryon ».

C'est cette disposition qui sert également de fondement à l'interdiction du don d'ovocyte. La loi entend surtout sanctionner les médecins qui procèdent à de telles manipulations. Elle précise en effet que *« la femme porteuse et la personne qui entend ensuite s'occuper de l'enfant »*, c'est-à-dire la mère d'intention, ne peuvent toutefois pas être sanctionnées³³³¹.

1107. Deuxièmement, la loi relative aux procédures d'adoption interdit également les contrats de GPA. Le §13c interdit la mise en relation des personnes cherchant à conclure une convention de GPA tandis que §13d interdit la publicité de l'offre ou de la demande dans ce domaine³³³².

1108. Au-delà des dispositions spécifiques à la GPA, les protagonistes pourraient en théorie également être pénalisés au regard du droit commun. En effet, les dispositions relatives à la fraude

³³²⁶ En faveur de l'Adoption plénière : CA Paris, 15 juin 1990, Dalloz, 1990, p. 542 ; CA Paris 15 juin 1990, JCP, 1991, p. 21653, p. 107 ; CA Paris 9 novembre 1990, n° 1990-025059, CA Pau, 19 février 1991, Dalloz, 1991, p. 380 ; adoptions simples : TGI Aix-en-Provence, 5 décembre 1984, JCP 1986 II, p. 20561.

³³²⁷ PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 369. L'auteure considère que ce n'est pas le cas en France.

³³⁸⁷ En ce sens, KG Berlin, 19 mars 1985, 1 W 5729/84 ; AG Gütersloh, 17 décembre 1985, XVI 7/85.

³³²⁹ AG Hamm, 22 février 2011 · Az. XVI 192/08.

³³³⁰ Sur ce point, PARIZER-KRIEF K., *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 369.

³³³¹ §1 Alinéa 3 EschG - loi sur la protection de l'embryon, 13 décembre 1990.

³³³² Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern, 2 juillet 1976.

à l'état civil³³³³ ou au trafic d'enfant³³³⁴ sont susceptibles de s'appliquer. Sur le plan civil, la mère d'intention se verra sanctionnée par l'absence de reconnaissance de sa maternité puisqu'au regard du §1591 du Code civil allemand seule la femme qui a accouché est la mère de l'enfant³³³⁵. Par ailleurs, les contrats de GPA sont nuls sur le plan civil en vertu du §134 du BGB qui invalide tous les contrats contraires à la loi.

1109. Ces deux textes peuvent être interprétés comme cherchant à protéger une conception physiologique et essentialiste de la maternité³³³⁶, c'est-à-dire une conception qui présuppose que le destin naturel des femmes serait, par essence, la maternité.

1110. Même si l'argumentaire officiel des députés, pour interdire la GPA³³³⁷, repose sur la protection de la dignité des protagonistes³³³⁸, leurs raisonnements présument que la grossesse implique un attachement de la femme enceinte à l'enfant pendant la grossesse et que sa remise sera nécessairement une grande souffrance pour elle. Les discussions préalables à la loi de 1990 insistent très fortement sur la protection du principe d'unité de la maternité³³³⁹ :

« au regard de la relation prénatale mère-enfant, le projet de loi part du principe qu'une convention de GPA porte atteinte aux intérêts essentiels de l'enfant à naître, car la signification du développement intra-utérin pour le développement de la personnalité de l'enfant et l'apport significatif de la relation biologique et psychique entre la femme enceinte et l'enfant pour son développement est perdue de vue. Cette spécificité de la relation de l'enfant à naître avec sa mère interdit de considérer la grossesse comme un service, car elle empêche que cette relation intime, entre la femme enceinte et l'enfant, essentielle à son bon développement, se construise réellement »³³⁴⁰.

1111. Ce principe justifie aussi, à titre principal, l'interdiction du don d'ovocyte en Allemagne³³⁴¹. Les parlementaires craignent qu'une maternité dissociée provoque des effets négatifs sur le

³³³³ §169 StGB.

³³³⁴ §236 StGB.

³³³⁵ Même si, dans un second temps, le juge peut ensuite admettre l'adoption.

³³³⁶ Pour une telle protection : MANSEES M., « Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft », *NJW*, 1988, p. 2984.

³³³⁷ BT, 11^{ème} séance, 11 décembre 1988, Frau Beckler Inglaue, p. 8209 : « *Nous refusons la maternité de substitution* » ; BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Däubler Gmelin, p. 4289 ; BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Engelhard, p.4298 ; BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Männle, p. 4301. Voir également les motifs du projet de loi sur l'adoption : Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, 9 mars, 1989, Drucksache 11/4154, p. 6 : « *La GPA est un problème profondément éthique, moral, théologique, psychologique, physiologique et juridique* ».

³³³⁸ Ils entendent protéger la gestatrice contre l'atteinte à la dignité que peut constituer pour elle l'appréhension d'une grossesse comme un service que contre les troubles qui pourraient résulter d'une obligation de restituer l'enfant à la naissance. Voir en ce sens, les motifs du projet de loi sur l'adoption : Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, 9 mars, 1989, Drucksache 11/4154, p. 6

³³³⁹ *Ibid.*

³³⁴⁰ Voir les motifs du projet de loi sur la protection de l'embryon : Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, 25 octobre 1989, Drucksache 11/5460, p. 6. Voir aussi, Rapport du groupe de travail constitué en commun par le ministère fédéral de la Recherche et de la Technologie et le ministère fédéral de la justice dit « Rapport Benda », *Fécondation in vitro, analyse du génome et thérapie génique*, 1987, p. 37.

³³⁴¹ FURKEL F., « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », in FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.C., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté, op. cit.*, p. 28.

développement mental de l'enfant et sur son identité³³⁴². Ainsi, l'interdiction « protégerait le bien-être de l'enfant en conférant un caractère certain à l'identité de la mère »³³⁴³. C'est également la contrariété de la maternité dissociée avec l'ordre naturel qui est ainsi jugée contraire au bien-être de l'enfant. En effet, il est considéré que

« d'un point de vue biologique, seules les femmes sont capables de mettre un enfant au monde. Accepter la dissociation du lien maternel en une composante génétique et une composante biologique reviendrait à reconnaître que deux femmes peuvent prendre part à la conception d'un enfant, situation inconnue dans la nature et inédite dans l'histoire de l'humanité »³³⁴⁴.

1112. La dissociation de la maternité³³⁴⁵ bouleverserait de manière trop importante l'ordre naturel³³⁴⁶. Ces raisonnements mettent en lumière une conception très naturalisante de la maternité dont le point de départ est de faire de la grossesse une « activité auréolée par nature »³³⁴⁷, en invisibilisant le caractère socialement construit de la valorisation de l'enfantement³³⁴⁸. Lors des débats, certains parlementaires entendent certes interdire la GPA pour protéger l'intégrité physique des femmes susceptibles d'accepter un tel contrat. Ils entendent également lutter contre leur réification puisque, selon eux, dans le cadre d'une GPA, la gestatrice n'est appréhendée que comme une « incubatrice »³³⁴⁹. Mais les parlementaires qui entendent, par le biais d'une interdiction de la GPA, lutter contre les risques d'exploitation des femmes socialement faibles et déconstruire l'assignation sociale de ces dernières aux tâches reproductives, demeurent minoritaires³³⁵⁰. L'interdiction de la GPA est donc majoritairement pensée comme servant à protéger la relation prénatale mère-enfant, tant pour éviter des troubles de la personnalité de l'enfant qu'une rupture

³³⁴² Voir notamment, les motifs du projet de loi sur la protection de l'embryon : Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, 25 octobre 1989, Drucksache 11/5460, p. 7.

³³⁴³ Voir l'intervention du gouvernement allemand dans CEDH, *S.H et a. contre Autriche*, 1^{er} avril 2010, n° 57813/00, *op. cit.*, p. 11.

³³⁴⁴ *Ibid.*

³³⁴⁵ Sur l'importance que le droit allemand accorde au principe d'unité de la maternité : ROSENAU H., *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 21 ; Rapport final de la commission d'enquête : Schlussbericht der Ethikkommission, *Recht und Ethik*, *op. cit.*, p. 80.

³³⁴⁶ Rapport final de la commission d'enquête : Schlussbericht der Ethikkommission, *Recht und Ethik*, *op. cit.*, p.142 .

³³⁴⁷ FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui : fictions et réalité*, Fayard, 2013, p. 94. En Allemagne, la doctrine insiste surtout l'importance du lien materno-fœtal pour le bon développement de l'enfant. En ce sens, GÜNTHER H.L., TAUPITZ J., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz op. cit.*, p. 114 : « C'est parce que la relation entre la femme enceinte et son fœtus est intense, et dépasse celle du père génétique et son enfant, qu'une telle interdiction est justifiée ». Voir aussi, MUTSCHER D., « Emanzipation und Verantwortung - Zur Neuordnung des Abstammungsrechts », *FamRz*, 1994, p. 69. Voir aussi les motifs des projets de loi du gouvernement visant à pénaliser la GPA : Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, 9 mars 1989, Drucksache, 11/4154, p. 6 ; Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, 25 octobre 1989, Drucksache 11/5460, p. 7.

³³⁴⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », in MARAIS A., *La procréation pour tous*, *op. cit.*, p.148.

³³⁴⁹ BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Engelhard, p. 4298 : « Toutes les formes de maternité de substitution doivent être refusées. Les méthodes de PMA ne doivent pas dégrader les femmes en machines à procréer à louer ».

³³⁵⁰ Voir notamment, BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Conrad, p. 4299 ; BT, 62^{ème} séance, 26 février 1988, Schmidt, p. 18213 ; Beratung der grossen Anfrage der Abgeordneten Frau Schmidt Bott und der Fraktion DIE GRÜNEN, p. 8206.

douloureuse pour la femme porteuse³³⁵¹. Cette position fait écho, en France, à celle défendue par le CCNE qui considère qu'il existe nécessairement un « *attachement de la femme à l'enfant qu'elle porte* » et que « *la remise de l'enfant constitue donc une aliénation d'elle-même* »³³⁵², ainsi qu'à certains discours doctrinaux qui considèrent le ventre de la femme comme le « *lieu de son moi profond* »³³⁵³. Cette appréhension physiologique de la maternité encourage l'idée selon laquelle la maternité serait inscrite dans le corps des femmes, ce qui justifierait alors que les femmes soient *naturellement* plus à même d'accomplir les fonctions parentales élémentaires, dont notamment les soins de la petite enfance³³⁵⁴.

1113. Ces différents éléments expliquent l'importance que le droit allemand accorde au principe d'unité de la maternité, protégé notamment par la loi de 1990 qui interdit à la fois la GPA et le don d'ovocytes³³⁵⁵. Il faut toutefois noter que le principe d'unité de la maternité ne trouve aucune équivalence en ce qui concerne la paternité : le droit autorise le don de sperme. Il y a donc des régimes juridiques différenciés du don de gamètes en Allemagne selon le sexe du donneur. Cette inégalité n'a pas été remise en cause par la CEDH, qui dans un arrêt *S.H. contre Autriche* de 2010 ne considère pas l'interdiction du don d'ovocyte contraire à la Convention³³⁵⁶, validant indirectement l'idée même d'un principe d'unité de la maternité. Le droit appréhende ainsi la reproduction comme la fonction biologique naturelle des femmes mais non comme une fonction inhérente à l'identité masculine. Il renforce ainsi l'idée selon laquelle la maternité découlerait *naturellement* du fait que la femme porte l'enfant.

1114. Ainsi, il est possible de lire l'interdiction de la GPA posée par le droit allemand comme servant une naturalisation de la maternité. En ce sens, il est possible d'observer que la réforme du Code civil de 1997 - qui fonde explicitement la maternité sur l'accouchement - est elle aussi mise en œuvre dans le but de lutter plus activement contre les pratiques de GPA. Plus largement, l'interdiction de la GPA en droit français et allemand confirme que ces derniers entendent assoir la

³³⁵¹ *Ibid.*

³³⁵² CCNE, Avis n° 90, Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation, 24 novembre 2005, p. 25.

³³⁵³ FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui. Fictions et réalités, op. cit.*

³³⁵⁴ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

³³⁵⁵ §1 alinéa 1 n° 1, 2, 6, 7 de la loi de 1990. Voir HIEB A., *Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts. Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Verfahren zur Überwindung weiblicher Unfruchtbarkeit. Ein Beitrag zum Recht auf Fortpflanzung*, Berlin, Logos, 2005.

³³⁵⁶ CEDH, *S.H. et a. contre Autriche*, 1^{er} avril 2010, n° 57813/00, §81 : « *L'objectif poursuivi par le législateur autrichien, qui consiste à préserver la sécurité juridique du droit de la famille en maintenant un principe traditionnel ("mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant") qui en constitue l'un des piliers, n'est certes pas dénué de valeur. Cela étant, les relations familiales atypiques - au sens large - ne sont pas inconnues des ordres juridiques des États contractants. De telles relations, qui ne s'inscrivent pas dans le cadre classique des rapports parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, n'ont rien de nouveau* » ; §85 : « *La Cour doit tenir compte de ce que la dissociation de la maternité entre une mère génétique et une mère utérine crée des rapports très différents de ceux qui résultent de l'adoption et ajoute une nouvelle dimension au problème* ». Voir sur ce point, SIFFREIN-BLANC C., « *Le refus d'établir la véritable filiation d'un homme est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme - CEDH 16 juin 2011, Pascaud contre France, n° 1953508* », *Dalloz actualité*, 5 juillet 2011.

maternité sur un fait *biologique* : l'accouchement. La manière dont ils appréhendent la question de la reconnaissance des GPA légalement réalisées à l'étranger par des couples français corrobore cette hypothèse. Cependant, les juges français et allemands ne procèdent pas tout à fait de la même manière. Comme ce fût le cas avant l'intervention législative, le juge allemand fait en effet preuve d'un examen davantage *in concreto* de la situation des requérants que son homologue français, qui fait plutôt primer une protection abstraite d'une certaine définition de la maternité sur la prise en compte des intérêts concrets des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger.

B. Le contentieux de la retranscription des GPA légalement réalisées à l'étranger

1115. Aujourd'hui, et depuis le début du 21^{ème} siècle, la question de la GPA est avant tout abordée sous l'angle du droit international privé dans le cadre du contentieux relatif à la retranscription des actes d'état civil légalement obtenus à l'étranger à la suite d'une GPA. En effet, dans la mesure où « *d'autres États ont une législation plus permissive que celle de la France* » en matière de GPA, « *les individus n'hésitent pas à aller chercher à l'étranger l'enfant que le droit français* » ou allemand « *leur refuse* »³³⁵⁷. Or, face au développement de ce « *tourisme procréatif* »³³⁵⁸, la France et l'Allemagne doivent déterminer si les liens de filiation légalement établis dans un autre pays - qui unissent en général l'enfant avec ses parents d'intention - peuvent être retranscrits dans les registres d'état civil. Malgré des tentatives pour pénaliser en tant que telle la pratique de la GPA par les ressortissants français, y compris à l'étranger³³⁵⁹, le droit pénal positif n'est ici pas appréhendé comme un outil approprié à l'encadrement juridique des GPA réalisées dans un autre pays³³⁶⁰. C'est l'état civil qui est conçu comme l'arme biopolitique avec laquelle les acteurs juridiques, et particulièrement les juges, pourront *désinciter* les couples à se rendre à l'étranger pour réaliser une GPA, sans pour autant les sanctionner pénalement. Dans un premier temps, les juges français et allemands utilisent ainsi l'état civil pour sanctionner les couples qui cherchent à contourner la conception naturalisante de la maternité défendue par le droit interne (1). Dans un second temps, cependant, les ordres juridiques français et allemand admettent dans une certaine mesure, notamment sous l'influence du droit

³³⁵⁷ BOSSE-PLATIERE H., « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », *Informations sociales*, 3/2006, n° 131, §1.

³³⁵⁸ Pour un état des lieux de la situation mondiale : Voir, BRUNET L., « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2, n° 28, p. 199.

³³⁵⁹ Proposition de loi visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, n° 201, 27 septembre 2017 ; proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, n° 2277, 14 octobre 2014.

³³⁶⁰ Certains auteurs considèrent que le droit pénal français n'est pas applicable à l'étranger car les faits sont réalisés à l'étranger - voir en ce sens, SEPADT SEBAG V., « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui - à propos de TGI Créteil », 30 septembre 2004, *Dalloz*, 2005, 476. D'autres estiment qu'il est applicable mais que le juge ne *veut* manifestement pas l'appliquer - voir en ce sens, BELLIVIER F., NOIVILLE C., « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2008, n° 2, p. 552 ; CATTO M.X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *op. cit.*, p. 17.

européen des droits de l'homme, la retranscription de certains des actes d'état civil établis à l'étranger (2).

1. Dans un premier temps : le refus jurisprudentiel de la reconnaissance des GPA réalisées à l'étranger

1116. À des degrés différents, les juges français (a) et allemands (b) refusent dans un premier temps de retranscrire dans les registres de l'état civil la filiation de l'enfant né d'une GPA à l'étranger³³⁶¹ en raison de la conception *naturalisée* de la maternité prévue dans les textes internes.

a. Le refus *a maxima* du juge français

1117. Le juge français refuse dans un premier temps de reconnaître la filiation maternelle (aa) et paternelle (bb) de l'enfant.

aa. Le refus de reconnaissance de la filiation maternelle

1118. Si quelques rares décisions admettent la retranscription de la filiation maternelle suite à une GPA réalisée à l'étranger³³⁶², la majorité des décisions refuse cette retranscription. Sans méconnaître les réelles difficultés soulevées par la GPA, ni plaider en faveur de telle ou telle évolution du cadre juridique qui lui est applicable, il importe ici de concentrer sur les justifications avancées par le juge pour expliquer ce refus. Plusieurs décisions suggèrent en effet que c'est avant tout le contournement de la règle selon laquelle l'accouchement fonde la maternité qui pose problème au juge. On observe ainsi que dans un arrêt de 2002, la Cour d'appel de Rennes³³⁶³ reprend l'argumentaire de la Cour de cassation en 1989 puis en 1991 selon lequel une *réalité* de la maternité se matérialise dans l'accouchement.

1119. L'attachement du juge à cette conception naturalisante de la maternité est également mis en lumière par le refus d'adoption qu'il prononce³³⁶⁴. Par exemple, la Cour d'appel de Dijon considère le 24 mars 2016 que l'adoption d'un enfant issu d'une GPA par ses parents d'intention est contraire

³³⁶¹ Sur les questions de droit international privé, voir notamment, HAMMJE P., « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *Revue critique de DIP*, 2011, p. 722 ; BRUNET L., « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour au droit ou recul de la raison juridique ? », *Dalloz*, 2009, p. 340.

³³⁶² CA Rennes, 10 janvier 2012, n° 1101846.

³³⁶³ CA Rennes, 4 juillet 2002, n° 2001/02471 : « *Qu'en se rendant en Californie pour y souscrire sciemment, en violation de la loi française, une convention sur la gestation tendant à l'abandon du ou des enfants par leur mère aux fins de se voir désignés par l'état civil comme père et mère des enfants, issus des opérations et de l'exécution du contrat, pour ensuite les reconnaître en France, les Consorts C [...] ont violé les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituant un détournement des règles de la filiation maternelle et ayant pour objet d'éviter de procéder à une adoption prohibée, cette institution n'ayant pas pour finalité de créer des enfants abandonnés mais de donner une famille à des enfants qui n'en ont pas.* »

³³⁶⁴ Sur cette question, voir notamment, HUET-WEILLER D., « Détournement de l'adoption », *RTD civ.*, 1991, p. 517.

à l'ordre public³³⁶⁵. Elle estime que le consentement exprimé par la femme porteuse ne peut produire aucun effet :

« Son consentement initial, dépourvu de toute dimension maternelle subjective ou psychique, prive de portée juridique son consentement ultérieur à l'adoption de l'enfant dont elle a accouché, un tel consentement ne pouvant s'entendre, sauf à représenter un détournement de la procédure d'adoption - et sachant que rien ne peut altérer le fait d'une maternité biologique - que comme celui d'une mère à renoncer symboliquement et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes et en particulier dans sa dimension subjective ou psychique »³³⁶⁶.

1120. Ce ne sont pas seulement des conditions relatives à l'intérêt de l'enfant qui sont à l'œuvre ici mais bien la capacité de consentir de la femme enceinte³³⁶⁷. Considérer comme nécessairement nul le consentement de la femme enceinte - alors même que le droit français admet l'accouchement sous X et plus largement la possibilité pour une femme de consentir à l'adoption d'un enfant qu'elle a porté - relève une approche juridique naturalisante de la maternité au regard de laquelle il n'est pas concevable qu'une femme puisse porter un enfant avec lequel elle ne souhaite pas *ab initio* être liée, tant sur le plan juridique qu'affectif.

1121. Preuve de la radicalité avec laquelle l'ordre juridique français appréhende la GPA, la Cour de cassation refuse également la retranscription de la filiation paternelle, considérant la GPA comme un mécanisme frauduleux, ce qui empêche alors pour les deux parents d'établir en France un lien juridique avec l'enfant.

bb. Le refus de reconnaissance de la filiation paternelle

1122. Dans la première décennie du 21^{ème} siècle, les juges du fond admettent parfois la retranscription de la filiation paternelle au nom de l'intérêt de l'enfant³³⁶⁸. Cependant, c'est dans le cas particulier où le père est le géniteur de l'enfant que les juges admettent la retranscription ; le

³³⁶⁵ CA, Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057 ; observations Coustet, *Dalloz actualité*, 5 avril 2016 : « Cette naissance a donc procédé d'une violation des dispositions de l'article 16-7 du Code civil français suivant lesquelles toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. Cette nullité est d'ordre public ainsi qu'il est énoncé à l'article 16-8 de ce Code. Elle est éminemment substantielle en ce qu'elle a vocation à protéger deux principes essentiels du droit français à savoir celui de l'indisponibilité du corps humain et celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

³³⁶⁶ CA, Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057.

³³⁶⁷ Voir sur ce point, l'analyse du droit positif par IACUB M., *L'empire du ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit., p. 199 et suivantes.

³³⁶⁸ Voir notamment, CA Paris, 25 octobre 2007, n° 0600507. Sur cet arrêt, voir notamment, BELLIVIER F., NOIVILLE C., « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue des contrats*, n° 2, 1^{er} avril 2004, p. 545. Voir aussi, pour la jurisprudence, TGI Nantes, 17 mars 2011, CA Rennes 21 février 2012, n° 1102758. Voir également TGI Nantes, 10 février 2011, n° 10/06276 ; CA 25 octobre 2007, n° 06/0050 : *non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant* ; TGI Nantes, 17 mars 2011 ; CA Rennes 21 février 2012, n° 1102758. Cette conception *in concreto* est approuvée par plusieurs commentateurs ; voir notamment, CHENEDE F., CA PARIS, 25 octobre 2007, *AJ Famille* 2007 ; BRANDAC M., DELAISI DE PARSEVAL, DEPADT-SEBAG V., « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *Dalloz*, 2008, p. 484.

juge considérant qu'il faut reconnaître le lien de l'enfant « à l'égard de leur père biologique »³³⁶⁹, car l'état civil est « conforme à la réalité »³³⁷⁰ et que, par conséquent, il « reflète une filiation incontestée et incontestable »³³⁷¹. Cette conception génétique de la filiation ne s'applique toutefois pas de la même manière à tous les parents. Concernant la maternité, le juge ne s'intéresse jamais à l'existence d'un lien génétique entre la mère et l'enfant mais seulement à ce qu'il considère être les fondements premiers de la maternité : la grossesse et l'accouchement.

1123. Cela étant, la Cour de cassation casse ces arrêts d'appel³³⁷², estimant que le respect de l'ordre public impose de refuser la retranscription de la filiation paternelle car elle constitue une fraude vis-à-vis de la loi française³³⁷³. Le juge estime que la gravité de la GPA est telle qu'elle ne peut produire aucun effet, fût-ce à l'égard du père d'intention, qui devrait pourtant être reconnu comme le père de l'enfant au regard des règles françaises de filiation. Le juge considère même que l'intérêt de l'enfant ne peut être utilement invoqué en présence de cette fraude³³⁷⁴ et qu'en tout état de cause la non-retranscription de la filiation ne porte pas atteinte à l'article 8 de la CESDH car elle n'empêche pas l'enfant de vivre avec ses parents³³⁷⁵. Cependant, le juge ne prend ici en compte aucun élément factuel précis. Or, de la même manière qu'il n'est pas possible d'affirmer qu'il est *toujours* contraire à l'intérêt de l'enfant de vivre avec ses parents d'intention car ils ont eu recours à une GPA, il n'est pas possible de dire que n'est *jamais* contraire à son intérêt la situation qui lui permet de vivre avec

³³⁶⁹ CA Paris, 25 octobre 2007, n° 0600507. Voir sur cet arrêt, CHENEDE F., « Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de la transcription des actes d'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui - Cour de cassation, 1^{re} civ. 17 décembre 2008 », *AJ fam.*, 2009, p. 81 ; SARCELET J.D., « Convention de mère porteuse et ordre public : le droit d'agir du ministère public », D., 2009, p. 332 ; HAUSER J., « Intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RDT civ.*, 2008, p. 93.

³³⁷⁰ CA Rennes, 21 février 2012, n° 1102758 ; TGI Nantes, 17 mars 2011.

³³⁷¹ TGI Nantes, 17 mars 2011.

³³⁷² CA Paris, 25 octobre 2007 n° 0600507 cassé par CC, 1^{ère} chambre civile, 17 décembre 2008, *Dalloz*, 2009, p. 340 ; CA Rennes, 21 février 2012, n° 1102758 cassé par CC, 1^{ère} chambre civile, 13 décembre 2013, n° 1230138 ; CA Poitiers 22 janvier 1992, n° 1992-040325 cassé par 29 juin 1994 ; voir également, CC, 1^{ère} chambre civile, 17 décembre 2008, *Dalloz*, 2009, p. 340.

³³⁷³ CC, 1^{ère} chambre civile, 13 septembre 2013, n° 1230138 : « D'un processus frauduleux [...] que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français » ; CC, 1^{ère} chambre civile, 6 avril 2011, n° 101953 : « Qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire des effets à une convention portant sur la GPA [...] ; que ce principe fait obstacle aux effets d'une telle convention, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français » ; CC, 1^{ère} chambre civile, 6 avril 2011, n° 091730 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 6 avril 2011, n° 0966486 ; observations Chénéde, *Dalloz*, 2011, p. 1522 ; observations Siffrein-Blanc, *AJCT*, 2011, p. 301. Dans le troisième cas d'espèce, le ministère public ne demande l'annulation que de la retranscription de la filiation maternelle.

³³⁷⁴ CC, 1^{ère} chambre civile, 6 avril 2011, n° 0917130 : « Ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3§1 de la CIDE, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CESDH ne sauraient être utilement invoqués ».

³³⁷⁵ CC, 1^{ère} chambre civile, 6 avril 2011, n° 0917130 : « Ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'État du Minnesota lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ». Cette précision semble du reste convaincre plusieurs auteurs qui estiment qu'« assez subtilement la Cour de cassation répond qu'au fond, selon les critères de la jurisprudence européenne et internationale, l'essentiel n'est pas le lien de droit mais le fait que l'enfant puisse concrètement vivre dans la famille où il pourra, en principe, s'épanouir » (HAUSER J., « L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui », *RTD civ.*, 2011, p. 340).

ces mêmes parents³³⁷⁶, alors même que sa filiation n'est pas retranscrite en droit français³³⁷⁷. Ce n'est donc pas ici le pragmatisme qui guide le raisonnement du juge mais bien un positionnement de principe hostile à la GPA. Il n'est en outre pas exclu que la crainte, par la reconnaissance du lien de filiation paternelle, d'une facilitation d'accès de la GPA pour les couples d'homosexuels explique la dureté de cette jurisprudence³³⁷⁸.

1124. En tout état de cause, le dogmatisme avec lequel le juge refuse la transcription de la filiation de l'enfant, maternelle comme paternelle, ne semble pas tant lié à une volonté politique de protéger les protagonistes en cause qu'à une volonté de protéger les principes fondamentaux du droit français au premier rang desquels s'inscrit le principe d'indisponibilité de l'état des personnes qui garantit que ce soit avant tout l'État - et non les individus - qui décide de l'attribution de la qualité de parents aux individus³³⁷⁹. En effet, il n'est jamais fait mention en France des conditions concrètes de réalisation de la GPA : peu importe³³⁸⁰ que la GPA ait été réalisée à titre gratuit ou rémunérée, aux États-Unis ou en Inde, peu importe que le père soit le géniteur, que la mère soit éventuellement la génitrice³³⁸¹, ou que l'enfant ait eu des difficultés pour obtenir un visa afin d'entrer en France³³⁸². L'ordre juridique ne doit jamais tolérer que des couples se rendent à l'étranger pour procéder à une GPA³³⁸³. Mais, dans la mesure où le lien de filiation ne sera de toute manière pas reconnu, les couples ne seront-ils pas tentés de louer les services d'une femme porteuse indienne, en moyenne trois fois moins rémunérée que certaines femmes porteuses en occident, et notamment aux États-Unis³³⁸⁴ ? Le juge français ne s'intéresse pas aux potentielles dérives et abus qui peuvent découler d'une convention de GPA. C'est avant tout le principe

³³⁷⁶ En effet, s'il est vrai qu'un acte de naissance étranger permet l'accès aux soins, à l'instruction, aux structures sociales et la délivrance d'un titre d'identité au vu de l'acte de naissance à l'étranger, la justification de la Cour a malgré tout été critiquée car comme « *fai[sant] bon marché des difficultés réelles que la privation d'un état civil français et d'un accès à la nationalité occasionne* » pour « *ces enfants innocents placés dans la clandestinité juridique* » - Propos de Marc Domingo cités par BRUNET L., BERTHIAU D., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *op. cit.*, p. 1522.

³³⁷⁷ BRUNET L., BERTHIAU D., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *op. cit.*, p. 1522 ; voir également HAUSER J., « L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui », *op. cit.*, p. 340.

³³⁷⁸ MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, *op. cit.*, p. 249.

³³⁷⁹ En ce sens, on peut souligner que les remises en cause politiques actuelles de la Cour européenne des droits de l'homme, en raison, notamment de sa jurisprudence sur la GPA. Voir sur ce point, HENNETTE-VAUCHEZ S., « Un Frexit des droits de l'homme ? », *Délibérée*, 2017/1, n° 1, p. 104.

³³⁸⁰ HAUSER J., « L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui », *op. cit.*, 340.

³³⁸¹ Par exemple dans les arrêts CC, 6 avril 2011, n° 101903. Pour une critique de cette absence de prise en compte BANDRAC M., « L'inégalité des père et mère face à la transparence des origines », *Dalloz* 2007, p. 33.

³³⁸² En ce sens, CEDH, *Foulon et Bouvet contre France*, 21 juillet 2016, n° 906314 et 104101.

³³⁸³ ÉGEA P., « Gestation pour autrui : annulation de la transcription des actes de naissance étrangers, CA Paris, 18 mars 2010 », *Dalloz*, 2010, p. 1683 ; DE LA PRADELLE G., « GPA : annulation de la transcription des actes de naissance contestant une filiation cependant reconnue », *Dalloz*, 2010, p. 1683.

³³⁸⁴ BERTHIAU D., BRUNET L., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *op. cit.*, p. 1522 : « *En ne distinguant pas entre les systèmes qui pourraient recevoir l'approbation, comme celui des États-Unis et sur lequel notre droit pourrait se calquer, et ceux qui méritent d'être condamnés en raison de la condition réservée à la femme porteuse, le risque est de favoriser de tels systèmes au détriment des autres* ».

d'indisponibilité de l'état civil qui est au cœur de l'ordre public français et, avec lui, le principe selon lequel la maternité se fonde sur l'accouchement.

1125. L'ordre judiciaire allemand adopte pour un positionnement plus nuancé, bien qu'une partie des juges du fond ait également du mal à admettre la reconnaissance d'une pratique qui ne soutient pas une conception physiologique de la maternité.

b. Le refus *a minima* du juge allemand

1126. Dans un tout premier temps, la pratique de la GPA à l'étranger semble tolérée par les juges allemands³³⁸⁵ : les demandes de retranscription ne sont pas contestées par le ministère public et certains couples vont même jusqu'à demander la prise en charge par la Sécurité sociale au titre de « *frais exceptionnels* »³³⁸⁶. Lorsqu'un contentieux relatif à la retranscription de l'état civil des enfants nés de GPA à l'étranger apparaît, la jurisprudence n'est pas harmonisée. Certains juges acceptent même de retranscrire les filiations³³⁸⁷. Cependant, il convient ici de s'intéresser aux arguments soulevés par les juges du fond - la Cour fédérale ne se prononçant que dans un second temps - lorsque ces derniers refusent la retranscription. Ils révèlent, en effet, que les réticences émises sont liées à une conception naturalisante de la maternité. En ce sens, le raisonnement de la Cour d'appel de Berlin dans un arrêt de 2013, repris ensuite en substance par d'autres juges du fond³³⁸⁸ mérite d'être analysé. En l'espèce, le juge refuse la retranscription car elle est contraire aux « *principes essentiels du droit allemand* »³³⁸⁹ et plus précisément au principe de dignité humaine, valeur « *objective, non disponible, inaliénable* » de l'ordre juridique³³⁹⁰. Le juge déclare que l'interdiction expresse de la GPA en droit allemand a pour objectif de « *protéger la dignité de la femme concernée et des enfants* »³³⁹¹ en tant que « *biens les plus importants de l'ordre juridique* »³³⁹² car la GPA, très rarement mise en œuvre selon lui à des fins altruistes, est souvent encouragée par des motifs financiers et réifie l'enfant en

³³⁸⁵ PARIZER-KRIEF K, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, op. cit., p. 408.

³³⁸⁶ FG Düsseldorf, 9 mai 2003 - 18 K 7931/00 E. La demande est certes rejetée en raison de l'interdiction légale de la GPA en Allemagne mais la seule existence de ces demandes révèle l'absence de clarté du régime juridique.

³³⁸⁷ AG Friedberg, 1^{er} mars 2013 ; AG Giessen, 07 novembre 2013 (raisonnement sur la compétence en matière d'état civil), OLG Ffm, 14 juillet 2014 ; AG Nürnberg, 14 décembre 2009, III UR 264/09.

³³⁸⁸ Voir par exemple AG Düsseldorf, 02 décembre 2015, 270F 123/14 ; OLG Braunschweig, 12 avril 2017, 1UF 83/13.

³³⁸⁹ KG, 1^{er} août 2013, Az. 1 W 413/12 ; raisonnement repris par AG Düsseldorf, 02 décembre 2015, 270F 123/14, cassé par OLG Düsseldorf, 17 mars 2017, II1UF/10/16.

³³⁹⁰ KG, 1^{er} août 2013, Az. 1 W 413/12 : « *Car la dignité humaine est une valeur objective, non disponible, qui sera violée même si la personne concernée a consenti au traitement controversé* ». Repris par AG, 02 décembre 2015, 270F 123/14 (cassé par OLG Düsseldorf 17 mars 2017, II1UF/10/16).

³³⁹¹ *Ibid.* L'argument de la dignité est également repris par OLG Braunschweig, 12 avril 2017, 1UF 83/13.

³³⁹² *Ibid.*

marchandise³³⁹³. Néanmoins, si c'est en premier lieu le principe de dignité et de protection de l'intérêt de l'enfant qui est ici invoquée par le juge, ces derniers ne sont pas sans lien avec une certaine conception de la maternité. En effet, le juge précise que l'objectif de l'interdiction de la GPA est de protéger le bon développement de l'enfant et de sa personnalité, ce qui suppose qu'il ait entretenu avec sa mère une relation biologique et psychique avant sa naissance³³⁹⁴. La sauvegarde d'une telle relation justifie que la GPA soit interdite car elle nuit au bon développement de l'enfant en portant notamment atteinte à son droit de connaître ses origines.³³⁹⁵ Il convient de le protéger contre « *des problèmes de recherche d'identité et une inscription problématique dans la lignée familiale* »³³⁹⁶. Ainsi, le juge considère que le respect du principe d'unité de la maternité est fondamental pour le bien-être de l'enfant. Il l'est également pour le bien-être de la femme car des conflits internes, non respectueux du principe de dignité, pourraient apparaître si le droit appréhende la grossesse comme un service et impose la remise de l'enfant après la naissance³³⁹⁷. Au nom de l'intérêt de l'enfant, c'est donc avant tout les fondements physiologiques de la maternité que le juge cherche ici à protéger. En ce sens, le juge conclut que « *le rejet de la maternité de substitution est pour toutes ces raisons contraires aux valeurs fondamentales et au noyau dur du droit allemand [et que] le législateur considère que la disposition du §1591 du Code civil, qui interdit entre autres la GPA, est absolument nécessaire* ». En se référant à la disposition du Code civil qui dispose que « *la mère est la femme qui accouche* », il défend une conception physiologique de la maternité³³⁹⁸. Notons qu'à titre incident, le juge allemand semble également chercher à protéger l'intégrité physique des femmes, énonçant qu'il n'est pas concevable qu'une femme accepte « *les risques et la charge d'une grossesse contre une rémunération* »³³⁹⁹. Si la prise en compte de l'intégrité physique de la femme porteuse doit être

³³⁹³ Ibid. « *De plus, il faut prendre en compte le fait que la maternité de substitution n'est que très rarement mise en œuvre à des fins altruistes. Dans la majorité des cas, une incitation financière importante encourage la propension de la femme à porter l'enfant pour un tiers. La protection de la dignité des femmes et des enfants concernés implique d'empêcher que les femmes acceptent la charge et les risques d'une grossesse pour des raisons financières et fassent de l'enfant un objet de commerce* ». Voir également, le raisonnement suivi par AG Düsseldorf, 02 décembre 2015, 270F 123/14 (cassé par OLG Düsseldorf 17 mars 2017, II1UF/10/16).

³³⁹⁴ KG, 1^{er} août 2013, Az. 1 W 413/12. « *le législateur justifie la loi sur les procédures d'adoption [qui interdit la GPA] par le fait que des conventions relatives à la GPA portent atteinte aux intérêts fondamentaux des enfants à naître, car elles ne prennent pas en compte la signification de la relation de l'enfant avec sa mère dans l'utérus pour le développement de sa personnalité, et l'apport de la relation biologique et psychique de cette relation entre la femme et l'enfant pour ce développement* » ; raisonnement également suivi par AG Düsseldorf, 02 décembre 2015, 270F 123/14 cassé ensuite par OLG Düsseldorf 17 mars 2017, II1UF/10/16.

³³⁹⁵ Ibid. : cela porte « *y compris atteinte à l'article 2 alinéa 1 en relation avec l'article 1 alinéa 1 de la LF dont découle [au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel] un droit à la connaissance de ses origines* ».

³³⁹⁶ Ibid. : « *Pour l'enfant, il s'agit principalement de troubles de l'identité et d'un problème de rattachement familial* » ; raisonnement également suivi par AG Düsseldorf 2015, 02 décembre 2015, 270F 123/14.

³³⁹⁷ Ibid. : « *La relation particulièrement qu'entretient la vie à naître avec sa mère interdit qu'on appréhende la grossesse comme un service, car si elle est appréhendée comme telle, elle empêche que se développe une relation entre l'enfant et la femme enceinte alors qu'elle est fondamentale à son développement [...]. De plus, cette interdiction protège les femmes contre des conflits internes, contraires à la dignité qui sont liés au fait d'appréhender la grossesse comme un service et de devoir donner l'enfant à sa naissance* ». Ce raisonnement est repris par AG Düsseldorf 2015, 02 décembre 2015, 270F 123/14 (cassé par OLG Düsseldorf, 17 mars 2017, II1UF/10/16.)

³³⁹⁸ Voir également en ce sens, OLG Braunschweig, 12 avril 2017, 1UF 83/13.

³³⁹⁹ KG, 1^{er} août 2013, Az. 1 W 413/12.

soulignée, cet argument semble toutefois paradoxal dans un ordre juridique qui pénalise encore, par principe, l'IVG, estimant qu'il existe un « *devoir constitutionnel de la femme à mener à bien sa grossesse* »³⁴⁰⁰. Dès lors, il semble que ce ne soit pas tant les risques engendrés par la grossesse en tant que tels qui justifient l'interdiction de la GPA mais plutôt les risques engendrés par la grossesse d'une femme qui n'entend pas être la mère de l'enfant qu'elle porte.

1127. À l'appui de cette analyse, notons que le juge allemand applique parfois *ab initio* la loi allemande à l'établissement des liens de filiation de l'enfant, considérant la gestatrice de nationalité étrangère comme la mère de l'enfant et, si elle est mariée avec un homme, ce dernier comme le père³⁴⁰¹. Cette reconnaissance des liens de filiation de l'enfant avec ses parents génétiques étrangers empêche l'entrée sur le territoire allemand de l'enfant qui n'est pas de nationalité allemande³⁴⁰². Il arrive ainsi parfois au juge d'aller jusqu'à contourner la réalité du lien génétique existant entre le père et l'enfant, ce qui est assez étonnant au regard du droit allemand. Le mécanisme de la GPA apparaît ici appréhendé comme une fraude qui corrompt tout. Dans ce cas, le contournement de la règle selon laquelle l'accouchement fonde la maternité mène catégoriquement à l'exclusion de l'enfant de la communauté politique puisqu'il se voit refuser l'attribution de la nationalité allemande. Par ailleurs, si le juge allemand tend davantage que le juge français à distinguer la retranscription de l'acte d'état civil de la procédure d'adoption³⁴⁰³, l'adoption n'est pas toujours autorisée, la primauté du principe d'unité de la maternité justifiant parfois son refus. Ainsi, en 2011, le tribunal civil de Hamm refuse l'hypothèse de l'adoption, considérant que le couple était en l'espèce prêt à mettre en péril le bon développement de l'enfant en l'empêchant de connaître sa « *mère* »³⁴⁰⁴ et en le faisant vivre avec l'idée selon laquelle cette dernière l'avait abandonné pour de l'argent³⁴⁰⁵.

³⁴⁰⁰ BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE, 88, 203.

³⁴⁰¹ Si elle n'est pas mariée : elle doit consentir à la reconnaissance de l'enfant par le père d'intention.

³⁴⁰² Le ministère fédéral des Affaires étrangères a confirmé cette analyse interdisant l'entrée sur son territoire des enfants sans passeport allemand, dans un document « *Hinweis zu Leihmuttertschaft* » disponible sur <http://www.auswaertigesamt.de/DE/Infoservice/FAQ/GeburtAusland/06-Leihmuttertschaft.html?nn=3830016>. Voir aussi, les décisions : VG Berlin, 26 novembre 2009 ; OLG Stuttgart, 7 février 2012 ; VG Köln, 20 février 2013 ; VG Köln, 13 novembre 2011 ; VG Berlin, 15 avril 2011.

³⁴⁰³ AG Nürnberg, 14 décembre 2009, III-UR 264/09n : « *Puisque la doctrine considère que la question de l'atteinte à l'ordre public d'une convention GPA ne doit être examinée qu'au regard de l'intérêt de l'enfant* » cela mène à l'ouverture d'une procédure d'adoption « *car l'intérêt de l'enfant ne nécessite pas que le lien de filiation soit établi autrement que par adoption* ». Voir également OLG Stuttgart, 7 février 2012 ; VG Berlin, 5 septembre 2012 ; LG Düsseldorf, 15 mars 2012, 25 T 758/10. Certains juges considèrent ainsi que l'intérêt de l'enfant à être lié à ses parents génétiques doit primer et admet, à ces fins, l'adoption. LG Düsseldorf, 15 mars 2012, 25 T 758/10 ; OLG Stuttgart, StAZ 2012, p. 209.

³⁴⁰⁴ AG Hamm, 22 février 2011, Az. XVI 192/08 : « *Les parents ont pris le risque de placer l'enfant dans une situation juridique incertaine. Ils ont pris le risque que l'enfant ne soit juridiquement lié qu'à son père et ils ont également été prêts à ce que l'enfant souffre de trouble de l'identité car il ne connaîtra pas sa mère génétique et devra vivre avec le sentiment qu'elle l'a abandonné contre de l'argent [...]. Pour toutes ces raisons, la demande d'adoption est rejetée* ».

³⁴⁰⁵ *Ibid.*

1128. Malgré la désapprobation de certains juges, il reste que les juges du fond refusent de manière moins catégorique que leurs homologues français la reconnaissance de la GPA réalisée à l'étranger. La décision de la Cour fédérale allemande de 2014, qu'il convient maintenant d'analyser, le prouve. En effet, le juge opte dans cette décision pour une approche *in concreto* de la GPA : sa reconnaissance doit dépendre des circonstances de l'espèce. Le juge français tempère lui aussi le refus de reconnaissance des GPA réalisées à l'étranger, mais reste, malgré tout, partiellement attaché à une conception naturalisante de la maternité.

2. Dans un second temps : l'assouplissement des décisions des juges français et allemands

1129. En France, depuis 2017, et en Allemagne, depuis 2014, le juge admet finalement que, dans certains cas, la GPA légalement réalisée à l'étranger puisse être reconnue par le droit. Admettant ainsi que la maternité ne soit pas toujours fondée sur l'accouchement, le juge assouplit la normalisation de la maternité que le droit mettait jusqu'alors en œuvre (a). Il n'est toutefois pas possible d'affirmer que, dans le cadre de la GPA, les ordres juridiques français et allemand soient désormais totalement détachés d'une conception physiologique de la *bonne* maternité (b).

a. La reconnaissance progressive des GPA réalisées à l'étranger par le juge

1130. Tant la décision de la Cour de cassation du 5 juillet 2017, rendue sous l'influence du droit européen (aa) que celle de la Cour fédérale de justice du 10 décembre 2014 (bb) tendent à atténuer la radicalité avec laquelle certains juges du fond en Allemagne, et la Cour de cassation en France, refusaient de reconnaître les liens de parenté de l'enfant et, partant, de redéfinir la maternité.

aa. La jurisprudence en France

1131. En 2014³⁴⁰⁶, 2016³⁴⁰⁷ et 2017³⁴⁰⁸, la CEDH estime que le refus des autorités françaises de reconnaître le lien de filiation, du moins en ce qui concerne le père, est une violation du droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 CESDH. La Cour considère que le refus de retranscription peut avoir des répercussions négatives pour le développement de l'identité de l'enfant. La Cour précise néanmoins que la violation est liée au fait que le père est le « *parent*

³⁴⁰⁶ CEDH, *Menesson contre France*, 26 juin 2014, n° 6519211. Sur l'aspect contractualiste de la question, voire, à propos de cet arrêt et au-delà, BELLIVIER F., « Gestation pour autrui, contrat et ordre public », *Revue des contrats*, 15 juin 2015, n° 2, p. 349.

³⁴⁰⁷ CEDH, *Foulon et Bouvet contre France*, 21 juillet 2016, n° 906314 et 104101.

³⁴⁰⁸ CEDH, *Laborie contre France*, 19 janvier 2017, n° 4402413 : « *Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. [...] qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* ».

biologique»³⁴⁰⁹ des enfants. C'est bien la parenté *biologique* qui est un élément central de l'identité³⁴¹⁰ de l'enfant. La Cour semble donc ici privilégier le critère biologique, conformément à ses décisions antérieures - relatives notamment à l'établissement de la paternité du géniteur - dans lesquelles elle considère qu'« *en tout état de cause le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de vie privée, qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie* »³⁴¹¹. Elle tend en effet à accorder une grande importance au critère génétique³⁴¹², considéré comme étant au fondement de la filiation « *réelle* »³⁴¹³ de l'enfant. Il apparaît qu'il existe un lien génétique entre l'enfant et ses parents d'intention pour que le refus de reconnaissance de la GPA soit jugé contraire à la Convention³⁴¹⁴. En effet, dans un arrêt du 27 janvier 2015, la Cour n'a pas condamné l'Italie sur le fondement de l'article 8³⁴¹⁵ pour avoir éloigné l'enfant - né d'une GPA en Russie - de ses parents d'intention puis pour l'avoir ensuite confié aux services d'adoption notamment car il n'existait entre eux aucun lien génétique³⁴¹⁶. L'insistance sur le lien biologique qui lie le père aux enfants jette alors le trouble quant à la portée des arrêts - le refus de retranscription de la filiation maternelle porterait-il également atteinte à l'article 8 CESDH si celle-ci est également sa génitrice ?

³⁴⁰⁹ Voir, par exemple, CEDH, *Mennesson contre France*, 26 juin 2014, n° 6519211, §100 : « Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant. La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation ».

³⁴¹⁰ Par exemple, dans CEDH, *Mennesson contre France*, 26 juin 2014, n° 6519211, §75.

³⁴¹¹ CEDH, *Jaggi contre Suisse*, 13 juillet 2006, n° 5875700. En ce sens, CEDH, *Pascaud contre France*, 16 juin 2011 n° 1953508 ; CEDH, *Paulik contre Slovaquie*, 10 octobre 2006, n° 1069905 ; CEDH, *Shofman contre, Russie*, 24 novembre 2005, n° 7482601 ; CEDH, *Mandet contre France*, n° 3095512, 14 janvier 2016 ; CEDH, *Abrens contre Allemagne*, 22 mars 2012, n° 4507109 ; CEDH, *Kautzgor contre Allemagne*, 22 mars 2012, n° 2333809.

³⁴¹² SIFFREIN-BLANC C., « Le refus d'établir la véritable filiation d'un homme est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz actualité*, 5 juillet 2011 ; PERRIN S., « Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *AJ famille*, 2012, p. 23 ; LEFEBVRE V., « Reconnaissance de paternité : de l'intérêt supérieur de l'enfant de connaître sa filiation réelle », *Dalloz actualité*, 8 février 2016.

³⁴¹³ CEDH, *Mandet contre France*, 14 janvier 2016, n° 3095512, §57.

³⁴¹⁴ En ce sens, SUPIOT E., « Conventions de mère porteuse : inexécutaires mais effectives ! », *Revue des contrats*, n° 1, 9 mars 2018, p. 97.

³⁴¹⁵ CEDH 27 janvier 2015, *Paradiso contre Italie*, n° 2535812, §215 : « La Cour ne sous-estime pas l'impact que la séparation immédiate et irréversible avec l'enfant doit avoir eu sur la vie privée des requérants. Si la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent, la Cour ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce ».

³⁴¹⁶ CEDH, *Paradiso contre Italie*, 27 janvier 2015, n° 2535812, §195 : « Contrairement à la situation dans l'arrêt *Mennesson*, la question de l'identité de l'enfant et de la reconnaissance de sa filiation génétique ne se pose pas en l'espèce puisque, d'une part, un éventuel refus par l'État de donner une identité à l'enfant ne peut être contesté par les requérants, qui ne représentent pas celui-ci devant la Cour et, d'autre part, il n'existe aucun lien biologique entre l'enfant et les requérants ». Voir sur cet arrêt, LEFEBVRE V., « Gestation pour autrui : la CEDH persiste et signe », *Dalloz actualité*, 20 février 2015 ; SUPIOT E., « Conventions de mère porteuse : inexécutaires mais effectives ! », *Revue des contrats*, n° 1, 9 mars 2018, p. 97 ; KOUTEEVA-VATHELOT T., note sous *Paradiso*, *RCDIP*, 2017, 426.

1132. Ce n'est pas l'interprétation du juge français, qui opte une interprétation stricte des arrêts de la Cour. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'au regard de l'article 8 de la Convention, seule la filiation paternelle de l'enfant doit être reconnue³⁴¹⁷.

1133. La Cour de cassation estime toutefois qu'il ne découle pas de la jurisprudence européenne une obligation pour l'ordre juridique français de retranscrire la filiation maternelle. Ainsi, déclare-t-elle que le refus de transcription de la filiation maternelle « ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi »³⁴¹⁸ car l'enfant pourra continuer de vivre avec ses parents et que la voie de l'adoption pourra leur permettre de se lier juridiquement à l'enfant³⁴¹⁹. Le juge semble donc ouvrir la voie de l'adoption pour la mère d'intention³⁴²⁰. Dans un autre arrêt du 5 juillet 2017, la Cour de cassation va même jusqu'à casser l'arrêt d'appel qui, pour rejeter la demande d'adoption simple de l'époux,

*« retient que la naissance de l'enfant résulte d'une violation, par M. Y..., des dispositions de l'article 16-7 du Code civil, aux termes duquel toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité d'ordre public ; qu'en statuant ainsi, alors que le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés »*³⁴²¹.

Per se, l'existence d'un procédé de GPA n'empêche donc pas le second parent d'intention de demander l'adoption de l'enfant de son conjoint, comme le préconisait déjà le Conseil d'État en

³⁴¹⁷ CC, 1^{ère} chambre civile, 05 juillet 2017, n° 1528597 : « Attendu que, pour refuser la transcription des actes de naissance étrangers en ce qu'ils désignent M. X... en qualité de père, l'arrêt retient qu'en l'absence de certificat médical délivré dans le pays de naissance attestant de la filiation biologique paternelle, d'expertise biologique judiciaire et d'éléments médicaux sur la fécondation artificielle pratiquée, la décision rendue le 17 septembre 2010 par une juridiction californienne le déclarant parent légal des enfants à naître, est insuffisante à démontrer qu'il est le père biologique [...] en statuant ainsi, alors, d'une part, que la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français n'était pas subordonnée à une expertise judiciaire, d'autre part, qu'elle constatait que le jugement californien énonçait que le patrimoine génétique de M. X... avait été utilisé, sans relever l'existence d'éléments de preuve contraire, de sorte que ce jugement avait, à cet égard, un effet de fait et que la désignation de M. X... dans les actes comme père des enfants était conforme à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Dans le même sens, CC, 29 novembre 2017, n° 1650061. Voir aussi PICHARD M., « Gestation pour autrui : le principe de l'état des personnes "désactivé" », *LPA*, n° 256/257, 26 décembre 2017, p. 6 ; GOUTTENOIRE A., « La reconnaissance partielle de la filiation de l'enfant né de GPA confirmée... » *JCP Générale*, décembre 2017, n° 51, p. 1333, SALVAGE-GEREST P., « L'adoption par la mère d'intention en cas de GPA : qu'en penser ? », *AJ Famille*, décembre 2017, n° 12, p. 643 ; LE BOURSICOT M.C., « L'adoption pour les enfants issus de GPA : une voie qui n'est pas sans obstacle », *Revue juridique Personnes et Famille*, décembre 2017, n° 12.

³⁴¹⁸ CC, 1^{ère} chambre civile, 05 juillet 2017 n° 1616901 ; n° 1650025 : « Qu'ayant constaté que Mme X... n'avait pas accouché des enfants, la cour d'appel en a exactement déduit que les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité en ce qu'ils la désignaient comme mère, de sorte qu'ils ne pouvaient, s'agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres de l'état civil français » car « selon l'article 47 du Code civil, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si [...] les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » et « que, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement ».

³⁴¹⁹ Ibid : « Qu'en effet, d'abord, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ; [...] qu'enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ».

³⁴²⁰ Sur ce point, SUPIOT E., « Conventions de mère porteuse : inexécutoires mais effectives ! », *op. cit.*, p. 97.

³⁴²¹ CC, 1^{ère} chambre civile, 05 juillet 2017 n° 1616901.

2014³⁴²². Cette déclaration ouvre une brèche dans la manière dont le droit français protégeait jusqu'alors une conception physiologique de la maternité ; à l'instar de la décision de la Cour fédérale allemande de 2014.

bb. La jurisprudence en Allemagne

1134. Dans une décision du 10 décembre 2014, la Cour fédérale de justice déclare que « *la reconnaissance juridique du lien de filiation n'est pas sans importance, sous prétexte que, même en son absence, l'enfant pourrait également rester avec ses parents d'intention. Car il est également dans l'intérêt de l'enfant de pouvoir être juridiquement rattaché à ses parents, qui vont être responsables de son bien-être* »³⁴²³. En ce sens, la Cour considère également que la voie de l'adoption n'est pas un compromis satisfaisant car elle ne sécurise pas assez rapidement la filiation, laissant alors aux parents une possibilité de ne pas garder l'enfant s'ils le souhaitent³⁴²⁴.

1135. Deux éléments permettent d'interpréter la décision de la Cour fédérale de justice comme le signe d'une possible remise en cause d'une définition physiologique et naturalisante, de la bonne maternité.

1136. En premier lieu, lorsqu'elle analyse la question du respect des droits fondamentaux de la femme porteuse, la Cour considère ici que seule une analyse des faits concrets de l'espèce permet de déterminer si une atteinte a eu lieu³⁴²⁵. La Cour considère que, par principe,

³⁴²² Le juge était confronté à la légalité de la circulaire dite « Taubira » - Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française - convention de mère porteuse - État civil étranger - qui indiquait que le seul soupçon de GPA ne pouvait suffire à refuser les demandes de visa des enfants nés de GPA dès lors que les actes d'état civil étranger sont probants. Le juge administratif refuse l'annulation la circulaire, au nom du droit à la vie privé de l'enfant, conseille la retranscription de la filiation paternelle de l'enfant vis-à-vis de son *père biologique*, et l'ouverture de l'adoption pour la mère d'intention. Voir, CE, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

³⁴²³ BGH, 10 décembre 2014, XII ZB 463/13. Voir sur cette question BELLIVIER F., « Les conséquences de l'interdiction de la GPA sur l'état civil des enfants nés légalement à l'étranger par ce procédé : la conception des jugements allemands », in BELLIVIER F., HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 5/2015, §15. Voir aussi, HEIDERHOFF B., « Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Mutterschaft », *NJW*, 2015, p. 479 ; LÖHRIG M., « Die Leihmutterschaft in der aktuellen Rechtsprechung », *NZFam*, 2017, p. 546 ; ZWISSLER F., « Anerkennung einer kalifornischen Entscheidung zur Elternstellung bei Leihmutterschaft », *NZFam.*, 2015, p. 112.

³⁴²⁴ BGH, 10 décembre 2014 - XII ZB 463/13 : « *De plus, l'adoption - outre le fait qu'elle peut être difficile à mettre en œuvre car, à l'étranger, les deux membres du couple d'intention sont déjà considérés comme les parents de l'enfant, comprend plus de risques pour l'enfant qu'un lien de filiation établi par la reconnaissance. En effet, la procédure prend du temps et permet au couple de décider s'il souhaite - en raison d'un handicap de l'enfant par exemple - garder l'enfant. Si les parents d'intention se séparent ou s'ils regrettent leur décision, il serait possible pour le parent qui n'est pas géniteur de refuser que sa filiation soit établie à l'égard de l'enfant. L'enfant pourrait rester dans le pays étranger sans parent et ne pourrait pas être reconnu comme l'enfant de la femme porteuse* ».

³⁴²⁵ En ce sens, BELLIVIER F., « Les conséquences de l'interdiction de la GPA sur l'état civil des enfants nés légalement à l'étranger par ce procédé : la conception des jugements allemands », in BELLIVIER F., HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 5/2015, §37.

« le seul fait qu'il y ait eu GPA ne porte pas nécessairement atteinte à la dignité de la mère porteuse. Cela vaut également pour l'enfant qui est né à la suite d'une GPA. Si la validité de la convention de GPA ainsi que l'inscription du couple d'intention comme parents légaux sont reconnues par les tribunaux étrangers compétents dans le cadre d'une procédure qui répond aux exigences de l'État de droit, et qu'ils ont vérifié que la décision d'être mère porteuse a été librement consentie et que l'enfant a été librement remis à la naissance »³⁴²⁶,

alors il convient de reconnaître le jugement étranger³⁴²⁷. La Cour montre ainsi qu'elle ne considère pas la GPA comme *per se* attentatoire à la dignité de la femme porteuse ou qu'il est, par nature, impossible pour elle de consentir librement à une convention de GPA. Elle considère en revanche, *a contrario*, que « le droit à dignité de la mère porteuse peut être violé si les circonstances de l'espèce montrent que celle-ci n'a pas librement participé au procédé ou que de nombreux éléments, tels que les conditions du contrat, ne sont pas clairs »³⁴²⁸. Il semble, dès lors, que ce soit une interprétation contractualiste de la GPA, fondée sur le respect de l'autonomie de la volonté des co-contractants, qui guide en partie la Cour. Elle considère notamment qu'il est nécessaire d'examiner les conditions concrètes dans lesquelles le consentement a été recueilli. La Cour refuse ainsi d'interpréter l'article 1 de la LF dans le sens d'un principe d'indisponibilité du corps humain³⁴²⁹ mais se fonde au contraire sur une conception subjective de la dignité³⁴³⁰. Il n'est donc pas contraire au principe de dignité de consentir à porter un enfant pour le compte d'autrui. Si la femme a librement consenti, sa situation doit être comparée à celle d'une femme qui souhaite donner son enfant à adopter. Les récentes évolutions du droit allemand sur l'accouchement anonyme indiquent d'ailleurs que le droit allemand est aujourd'hui plus enclin qu'hier à accepter qu'une femme refuse de devenir mère³⁴³¹. Qui plus est, une tendance en faveur du don d'embryon se dessine en Allemagne³⁴³². Cela affaiblit le principe d'unité de la maternité puisque dans le cas d'un accueil d'embryon la femme qui accouche n'est pas génitrice de l'enfant.

1137. En deuxième lieu, lorsqu'elle analyse la question du respect des droits de l'enfant, la Cour considère que l'absence de lien prénatal entre la gestatrice et l'enfant ne porte pas nécessairement

³⁴²⁶ *Ibid.*

³⁴²⁷ BELLIVIER F., « Les conséquences de l'interdiction de la GPA sur l'état civil des enfants nés légalement à l'étranger par ce procédé : la conception des jugements allemands », in BELLIVIER F., HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 5/2015, §23 : « la Cour insiste sur le caractère normatif de la décision américaine ».

³⁴²⁸ *Ibid.*

³⁴²⁹ Conception défendue autrefois dans des décisions telles que VG Neustadt, 21 mai 1992, NVwZ 1993, p. 98 sur le « lancer de nain » ; BVerwG, 15 décembre 1981 - BVerwGE 64, 274, NJW 1982, 664 sur le « peep-show » ; BVerwG, 24 octobre 2001 - BVerwGE 115, 189 sur les « laserdrom ». Dans le même sens, VGH München, 22 mars 1991 - 22 CS 91.850 sur la présence de femmes « en cage » dans une boîte de nuit. Sur ces décisions, voir notamment, FISCHINGER P., « Der Grundrechtsverzicht », *JUS*, 2008, p. 808.

³⁴³⁰ BELLIVIER F., « Les conséquences de l'interdiction de la GPA sur l'état civil des enfants nés légalement à l'étranger par ce procédé : la conception des jugements allemands », in BELLIVIER F., HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 5/2015, §31.

³⁴³¹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

³⁴³² Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant. Le juge estime ainsi que « *le seul fait qu'il y ait eu GPA ne porte pas nécessairement atteinte à la dignité de la mère porteuse. Cela vaut également pour l'enfant qui est né à la suite d'une GPA* ». Toutes les conventions de GPA ne représentent ainsi pas un risque réification de l'enfant. Au contraire, la Cour considère qu'il faut prendre en compte le fait que les parents d'intention veulent, à la différence de la mère porteuse, accueillir et élever l'enfant, ce qui est également très important pour son bon développement³⁴³³. La Cour insiste ici sur l'importance des liens sociaux et affectifs pour la constitution d'une famille. Elle semble ainsi déconstruire, du moins en partie, l'importance que le droit allemand accorde à la biologie en droit de la filiation. Plus encore, la Cour tente ici de déconstruire l'idée selon laquelle la grossesse créerait un lien indestructible entre la mère et l'enfant.

1138. En troisième lieu, l'exigence d'examen *in concreto* permet en principe de s'assurer que la femme porteuse n'a pas été contrainte de conclure la convention. La protection de l'intégrité de la femme est ainsi prise en compte par le juge, même si l'on peut regretter qu'il ne soit nullement question du caractère financier de l'échange. On pourra certes reprocher à la Cour de ne pas prendre compte le fait que la GPA entend renforcer la réassignation des femmes aux tâches reproductives par la libéralisation de la médecine reproductive et suscite nécessairement des problèmes en termes de justice sociale³⁴³⁴. Le juge se serait-il prononcé de la même manière dans le cas d'une GPA réalisée en Inde, fût-elle mise en œuvre avec le consentement libre et éclairé de la femme porteuse ? Mais sa priorité est surtout ici la protection effective de l'intérêt de l'enfant.

1139. Par ailleurs, cette décision emporte des conséquences symboliques fortes pour la définition juridique de la maternité, de la parenté, et plus largement de la famille³⁴³⁵ en Allemagne. Il s'agissait en l'espèce d'un couple d'hommes et la Cour rappelle, par un attendu de principe, que la retranscription ne saurait constituer une atteinte à l'ordre public du seul fait de l'homosexualité des parents d'intention³⁴³⁶. Pour justifier cet attendu, la Cour fédérale de justice rappelle que la Cour constitutionnelle accepte le mécanisme de l'adoption successive³⁴³⁷ pour les couples unis par un partenariat enregistré. Cette jurisprudence constitutionnelle montre que le partenariat enregistré,

³⁴³³ BGH, 10 décembre 2014, XII ZB 463/13 : « *Par conséquent, il ne faut pas réduire l'appréciation de l'intérêt de l'enfant à l'aspect psycho-social de la relation entre l'enfant et la mère porteuse. Il ne faut pas oublier que les parents d'intention, à la différence de la mère porteuse, ont souhaité l'enfant et sont prêts à s'engager dans son développement* ».

³⁴³⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », in MARAIS A., *La procréation pour tous, op. cit.*, p. 146.

³⁴³⁵ DORETT F., « Leihmutterchaftsfamilien - Rechtsbeschlüsse und soziale Praktiken », *NZFam.*, 2016, p. 2017.

³⁴³⁶ BGH, 10 décembre 2014, XII ZB 463/13 : « *Le fait que la décision étrangère accorde la parenté à un couple pacé [nécessairement homosexuel] - et non à un couple marié [nécessairement hétérosexuel] ne peut pas suffire à constituer une atteinte à l'ordre public* ».

³⁴³⁷ BVerfG, 19 février 2013 - BVerfGE 133, 59.

réservé aux couples homosexuels en Allemagne avant l'instauration du mariage pour tous³⁴³⁸, peut constituer un cadre tout aussi stable pour l'enfant que le mariage³⁴³⁹. Même si elle estime qu'un double lien génétique favorise la création d'un lien entre l'enfant et ses parents, elle ne semble pas faire du lien génétique le fondement ultime de la filiation. Elle rappelle du reste qu'il n'est pas nécessaire, en droit allemand, que le père de l'enfant soit nécessairement son géniteur puisque l'insémination avec don de sperme est autorisée. Dans ce cas, la filiation résulte d'un accord passé entre la mère, le père et le tiers donneur, comme c'est le cas en matière de GPA. Les parents s'engagent alors à être responsables de l'enfant après sa naissance, quels que soient les changements que peuvent connaître leur couple³⁴⁴⁰. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant *in concreto* implique donc une remise en cause du schéma familial fondé sur des liens biologiques, et sur une naturalisation de la maternité, en faveur d'une conception fondée sur les liens affectifs et sociaux établis par l'enfant.

1140. Faisant du lien génétique entre l'un des parents et l'enfant la condition *sine qua non* de l'acceptation de la retranscription, la Cour ne se détache néanmoins pas pleinement d'une conception génétique de la parenté. De manière plus générale, la portée des arrêts de la Cour de cassation de 2017 et de la Cour fédérale en 2014 doit être relativisée car il n'est pas certain que ces décisions entendent réellement faire de la *volonté* le fondement premier de la maternité et abolir les processus juridiques de normalisation de la maternité dans le cadre de la GPA.

b. Une redéfinition en trompe-l'œil de la maternité

1141. Plusieurs éléments permettent de tempérer l'idée selon laquelle la reconnaissance de la GPA serait désormais acquise en droit français et allemand. Il n'est pas possible de conclure à une redéfinition des fondements juridiques de la maternité.

1142. Concernant tout d'abord la décision allemande, sa portée reste cantonnée aux cas dans lesquels il existe au préalable un *jugement étranger* homologuant une convention, et ce, car le juge étranger a déjà posé certaines garanties. La portée de la décision ne s'étend, ni à la seule retranscription d'un acte³⁴⁴¹, ni à la procédure d'adoption susceptible de suivre un refus de

³⁴³⁸ Depuis l'instauration du mariage pour tous, le partenariat enregistré n'existe plus : Article 2 de la Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts.

³⁴³⁹ BGH, 10 décembre 2014, XII ZB 463/13 : « *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à l'adoption successive montre qu'un couple de partenaires enregistrés peut être tout aussi à même de permettre le bon développement de l'enfant qu'un couple marié.* »

³⁴⁴⁰ *Ibid.*, §52 : « *De plus, le droit allemand admet déjà que la filiation paternelle ne soit pas fondée sur un lien génétique. Dans le cas de l'AD (§1600 BGB), la paternité n'est fondée que sur la convention passée entre la mère, le père d'intention et le donneur de sperme [...] le législateur est parti du principe qu'il est attendu des couples, qui ont consenti à l'utilisation du sperme d'un tiers, qu'ils se montrent pleinement responsables de l'enfant après sa naissance.* »

³⁴⁴¹ En ce sens, voir également, AG Heidenheim, 11 avril 2017, 9F/91/17. Voir aussi, BELLIVIER F., « Les conséquences de l'interdiction de la GPA sur l'état civil des enfants nés légalement à l'étranger par ce procédé : la conception des jugements

retranscription. Ainsi, si le couple s'est rendu dans un pays où les conventions de GPA ont été homologuées par un juge, le juge allemand semble avoir, selon certains auteurs, « *largement ouvert les portes à la GPA à l'étranger* »³⁴⁴². Si tel n'est pas le cas, la situation reste floue. En ce sens, le juge de première instance du tribunal de Düsseldorf refuse de prononcer l'adoption d'un enfant né de GPA par l'épouse du père, considérant qu'un tel procédé porte atteinte aux principes les plus fondamentaux du droit allemand, à savoir le principe de dignité humaine et d'unité de la maternité. Il précise que, contrairement à l'affaire évaluée par la Cour fédérale du 10 décembre 2014, il ne s'agit pas ici de reconnaître une décision étrangère mais de prononcer un jugement d'adoption, ce qui doit se faire conformément aux règles du droit allemand. Si la décision du tribunal de Düsseldorf est cassée par la Cour d'appel de Düsseldorf au motif qu'une « *adoption ne peut pas être refusée sur le seul fondement que l'enfant est né à la suite d'une GPA car il est conforme à l'intérêt de l'enfant d'avoir deux parents* »³⁴⁴³, le raisonnement du juge de première instance prouve cependant que la décision de la Cour fédérale fait l'objet d'interprétations conflictuelles³⁴⁴⁴.

1143. Par ailleurs, le juge allemand ne se détache pas d'une conception génétique de la parenté. En effet, il considère qu'il est préférable pour un enfant d'avoir deux parents avec lesquels il a la génétique en partage. Si, en l'espèce, il reconnaît la reconnaissance de la GPA et, de ce fait, la double filiation paternelle de l'enfant, c'est en soulignant que le droit admet déjà à la fois qu'un père puisse ne pas être son géniteur - *via* l'IAD notamment - et qu'un enfant puisse avoir deux pères. Si cette décision semble remettre en cause la conception traditionnelle de la famille, le juge indique néanmoins « *qu'il n'est pas nécessaire de décider, en l'espèce, si le fait que l'enfant ne soit génétiquement lié à aucun des parents d'intention implique une autre appréhension de la reconnaissance* »³⁴⁴⁵. Même si la réalisation concrète d'un tel cas de figure est hautement improbable³⁴⁴⁶, les propos du juge indiquent qu'il n'entend pas nécessairement tempérer la portée des processus de normalisation de l'institution familiale qui visent à favoriser la création de la famille génétique.

allemands », in BELLIVIER F., HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 5/2015, §23.

³⁴⁴² HELMS T., « Kurznachricht zu Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 10.12.2014 », *FamRZ*, 2015, Heft 3, p. 240-246. Voir aussi, AG Heidenheim 11 avril 2017, 9F/011/7 ; OLG Düsseldorf, 7 avril 2015, II1 UF258/13 ; AG Konstanz 22 avril 2015, UR III 4/14 (2).

³⁴⁴³ OLG Düsseldorf, 17 mars 2017, II1UF/10/16.

³⁴⁴⁴ Voir notamment, OLG Braunschweig, 12 avril 2017, 1UF83/13 qui refuse aussi la reconnaissance. Contra : OLG Celle, 22 mai 2017 - 17 W 8/16 ; OLG München, 12 février 2018, 44 UF 1152/17 ; OLG Düsseldorf, 28 février 2018 - II-6 UF 175/17.

Voir aussi, CAMPBELL C., « Das Verbot der Leihmutterchaft », *NJW-spezial*, 2018, p. 196 ; DORETT F., « Leihmutterchaftsfamilien - Rechtsbeschlüsse und soziale Praktiken », *NZFam.*, 2016, p. 2017.

³⁴⁴⁵ BGH, 10 décembre 2014, XII ZB 463/13.

³⁴⁴⁶ Mais pas non plus impossible, comme l'indiquent les faits dans l'affaire Paradiso.

1144. Il importe également de souligner qu'en l'espèce, que ce soit en France ou en Allemagne, il s'agissait d'un couple d'hommes. Il n'y a donc pas de femme qui prétende ici devenir la mère d'un enfant qu'elle n'a pas porté³⁴⁴⁷. La demande de reconnaissance des pères ne remet donc pas fondamentalement en cause l'idée selon laquelle c'est l'accouchement qui fait la mère. Qui plus est, dans le cas d'espèce français, la femme porteuse avait reconnu l'enfant. Celle-ci ne s'occupera certes pas de l'enfant, il sera malgré tout possible de lui dire que sa mère est la femme qui l'a porté, même si au quotidien, ce sont deux pères qui s'occupent de lui. Il s'agit donc surtout ici de la reconnaissance d'une situation homoparentale, possible depuis 2013 en France et depuis 2001 en Allemagne, comme le rappellent à la fois la Cour fédérale de justice et la Cour de cassation³⁴⁴⁸. Cette situation particulière d'homoparentalité ne remet pas fondamentalement en cause l'idée selon laquelle c'est l'accouchement qui fonde la maternité. Cette absence de remise en cause est d'autant plus marquée qu'en France le juge admet certes l'adoption mais il refuse catégoriquement la retranscription de la filiation maternelle, jugée non « *conforme à la réalité* ». Dès lors, s'il admet que juridiquement l'enfant puisse avoir une mère qui n'est pas sa gestatrice - comme c'est déjà le cas en matière d'adoption - il n'admet pas que le fondement primaire de la maternité puisse ne pas être l'accouchement. Or, une procédure d'adoption reste contraignante et suppose l'assentiment des pouvoirs publics. Certes, dans le cadre de la procédure d'adoption simple de l'enfant du conjoint les exigences sont allégées³⁴⁴⁹ ; aucun agrément n'est par exemple nécessaire. Malgré tout, l'adoption doit être prononcée par un juge qui vérifie que la situation est conforme à l'intérêt de l'enfant. Les autorités publiques doivent ainsi donner leur aval, ce qui permet de maintenir l'emprise de l'État sur les états civils et indirectement la mise en œuvre de processus de normalisation de la parenté.

³⁴⁴⁷ En ce sens, PICHARD M., « La commande d'enfant par son géniteur est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ? », *Dalloz*, 2017, p. 1143 : « *Le dispositif a donc un objet très circonscrit [...] : protéger la filiation maternelle d'un enfant face à la concurrence d'une autre filiation maternelle ; empêcher la substitution d'une mère à une autre* ».

³⁴⁴⁸ COUSTET T., « Mère porteuse : vers la fin d'un imbroglio ? », *Dalloz actualité*, 6 juillet 2017.

³⁴⁴⁹ Article 360 alinéa 3 Code civil.

Conclusion du chapitre 2

1145. Le pendant positif du droit de la procréation - parce qu'il entend précisément *faire vivre* - ainsi que le droit de la filiation sont des lieux d'expression du biopouvoir, c'est-à-dire d'un pouvoir qui « *s'exerce positivement sur la vie, qui entreprend de la gérer, de la majorer, de la multiplier, d'exercer sur elle des contrôles précis et des régulations d'ensemble* »³⁴⁵⁰. Les contrôles et les régulations mis en place par le droit de l'AMP confirment en effet l'hypothèse selon laquelle le biopouvoir n'entend pas tant *faire vivre* (toutes les formes de vie) que favoriser la production de certaines d'entre elles. Il vise, en somme, à encourager la production de *bios* et non seulement celle de *zoe*, en procédant à une normalisation de la parenté. Par ce biais, le droit de l'AMP entend favoriser la parenté des personnes jugées aptes à assurer le bon développement de l'enfant. Il favorise la constitution d'un cadre aussi adapté que possible à la *conversion* de *zoe* en *bios*. Ces processus de normalisation favorisent ainsi la production de la *bonne parenté*, c'est-à-dire de celle qui respecte les normes de genre. Dans la mesure où ces processus encouragent l'idée selon laquelle il est préférable que l'enfant ait un père et une mère, ils soutiennent l'idée d'une complémentarité des rôles parentaux, incitant par ce biais les individus à se conformer à une conception genrée de ces derniers. L'importance accordée à la normalisation de la parenté est telle qu'elle l'emporte sur la protection de la *vie nue*. En effet, dans le cadre de l'AMP en France, l'embryon surnuméraire qui ne fait pas l'objet d'un projet parental - à comprendre comme un projet porté par deux membres vivants en couple hétérosexuel et en âge de procréer - peut être détruit, comme l'a montré l'exemple du transfert d'embryons *post mortem*. Lorsque les demandeurs à l'AMP ne remplissent plus les conditions posées par la loi au regard d'une certaine conception du couple parental, l'ordre juridique français préfère la suppression de la vie anténatale à sa production non conforme à la *vie bonne*. Ces processus de normalisation de la parenté et plus particulièrement de la maternité jouent à la fois par les mécanismes traditionnels de la contrainte juridique, notamment par le biais d'interdictions et de sanctions, mais également par la mise en place de techniques sociales plus diffuses³⁴⁵¹ (telles que des mécanismes de désincitation financière ou l'état civil des enfants nés de GPA à l'étranger). Il est possible d'observer, notamment en matière de GPA ou d'AMP dans le cas particulier de l'Allemagne, que ce sont les outils de la biopolitique qui assurent ici la normalisation de la parenté.

³⁴⁵⁰ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir, op. cit.*, p. 180.

³⁴⁵¹ Voir aussi, BOBBIO N., *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012.

Conclusion du titre 1

1146. Les outils de la biopolitique (surveillance, responsabilisation, incitations financières, etc.) sont utilisés par les ordres juridiques français et allemand pour *orienter* les comportements procréatifs des individus. Les différents mécanismes incitatifs à la procréation étudiés dans ce chapitre sont particulièrement destinés à certaines catégories de personnes correspondant plus particulièrement aux standards de *bons* parents. Elles sont, ce faisant, incitées à se conformer aux rôles parentaux de genre socialement attendus d'elles. En d'autres termes, tous les individus ne sont pas incités à devenir *parent* et ils ne sont pas tous encouragés à adopter des rôles parentaux similaires. La place des normes de genre dans ces standards parentaux et familiaux explique que les femmes soient davantage incitées que les hommes à enfanter et, plus encore, à assumer les tâches relatives à l'éducation de l'enfant. Elle explique également les réticences juridiques observées lorsque les femmes entendent refuser la maternité. Le droit appréhende la maternité et la paternité comme des fonctions complémentaires mais non parfaitement égalitaires. Une telle appréhension présuppose et pérennise l'idée d'une nécessaire complémentarité des sexes ; raison pour laquelle le droit refuse (en France) ou dissuade (en Allemagne) les couples homosexuels de procréer par le biais d'une IAD. Si les couples hétérosexuels sont, quand à eux, autorisés et encouragés à *faire vivre*, ceux d'entre eux qui ne conforment pas aux normes de genre ne sauraient bénéficier d'une telle aide. Il en va de même des couples qui n'entendent pas respecter les fondements naturalisés de la maternité : la GPA, en particulier, n'est pas perçue par le droit comme un moyen légitime de *faire vivre*, notamment, car cette technique contrarie la dimension physiologique de la maternité qui tendent à *inscrire* la maternité dans le corps des femmes. C'est ainsi à l'aune d'une certaine conception du genre que le droit de la procréation français et allemand normalise la parenté. Mais il procède également - une fois de plus en recourant aux outils de la biopolitique, c'est-à-dire à des instruments d'incitations diffus et latents - à une normalisation de la vie elle-même. Cette normalisation opère notamment lorsque la vie est jugée non conforme à une certaine conception de la normalité physique et mentale, c'est-à-dire qu'elle est atteinte d'une grave affection ou d'un grave handicap. Dans un tel cas de figure, les droits français et allemand n'*imposent* certes pas sa destruction, comme c'est le cas des embryons surnuméraires détachés de tout projet parental, mais ils favorisent là aussi la production de la *vie bonne*.

TITRE 2. CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UN STANDARD DE *VIE BONNE* ET NORMALITÉ PHYSIQUE ET MENTALE

1147. Le droit de la procréation permet la mise en œuvre de processus de normalisation de la parenté. Cette normalisation favorise la production de la famille « normale » pensée comme le cadre idéal et nécessaire au bon développement de la vie à naître. Mais la production de la famille normale ne suppose pas seulement la production de *parents* normaux mais également *d'enfants* normaux. Au-delà des processus de normalisation de la parenté, ce sont également des mécanismes de normalisation de la vie anténatale que le droit met en œuvre. Cette analyse découle notamment de ce que le droit autorise par exemple la réalisation de diagnostics prénatals. Ces derniers permettent aux parents d'identifier *in utero* grâce au diagnostic prénatal (DPN) ou *in vitro* grâce au diagnostic préimplantatoire (DPI) certaines affections du fœtus. La découverte de ces anomalies est alors susceptible d'autoriser le recours à une interruption médicale de grossesse et, partant, la mise en œuvre d'une normalisation *indirecte* - c'est-à-dire librement consentie - de la vie anténatale. Bien que librement consentie, il importe néanmoins de montrer que l'autorisation de ces mécanismes de normalisation (permis par le DPN et le DPI) favorise la suppression de *zoe* dès lors que celle-ci n'est pas susceptible de se transformer en *bios*. Le droit autorise et encourage ainsi la normalisation des produits de la procréation, à l'aune d'une certaine conception de la normalité physique et mentale. (**chapitre 1**). Cela vaut également en ce qui concerne la *bonne* parenté : le *bon* parent n'est pas seulement celui qui ne remet pas en cause l'ordre du genre mais également celui qui dispose des capacités mentales lui permettant de s'occuper correctement de son enfant. Pour preuve, en parallèle des mécanismes déjà étudiés qui tendent à influencer la décision de devenir ou de ne pas devenir parent à l'aune d'une certaine conception du genre, diverses dispositions permettent également la stérilisation non pleinement consentie de certaines personnes jugées inaptes à s'occuper d'un enfant. Par le biais de processus de *stérilisation* que l'on nommera *quasi-directs* - car non pleinement imposés par l'État (directe) mais non pleinement consentis par les individus (indirecte) - le droit procède à une normalisation des *corps procréateurs* qui assure une normalisation de la parenté (**chapitre 2**).

Chapitre 1. La normalisation de la vie à naître par la transformation des produits de la procréation

Chapitre 2. La normalisation de la parenté par la transformation des corps procréateurs

1148. L'objet du présent chapitre est de démontrer que les ordres juridiques français et allemand favorisent une normalisation de la vie anténatale, de la vie nue, de $\zeta\theta\epsilon$. Cette normalisation opère au moyen de dispositifs destinés à favoriser la naissance d'enfants dénués de certaines anomalies génétiques, physiques ou mentales. Cette normalisation n'est toutefois pas mise en œuvre de manière *directe*, c'est-à-dire contraignante : les ordres juridiques interdisent expressément la normalisation forcée de $\zeta\theta\epsilon$ par le biais des dispositions prohibant l'eugénisme. La question de la normalisation de la vie à l'aune de certaines de ses caractéristiques est en effet liée à celle de l'eugénisme. L'eugénisme doit être pris ici dans son acception la plus large possible, c'est-à-dire comme une théorie préconisant une forme de sélection génétique entre les êtres humains à des fins d'améliorations de l'espèce humaine. Pour comprendre comment œuvre aujourd'hui cette normalisation de $\zeta\theta\epsilon$, deux formes d'eugénismes doivent être distinguées³⁴⁵². Dans le premier cas de figure, l'eugénisme sera qualifié de *radical*, entendu comme un eugénisme mis en œuvre de manière collective et forcée, c'est-à-dire par une normalisation *directe* de $\zeta\theta\epsilon$, pour améliorer l'espèce humaine. Dans le second cas de figure, l'eugénisme sera qualifié d'*individuel*, entendu comme un eugénisme librement consenti, mis en œuvre par les individus eux-mêmes, pour éviter la souffrance qu'induit parfois la prise en charge d'une vie lourdement handicapée.

Or, il convient ici de démontrer que, même s'il est aujourd'hui affirmé que l'eugénisme est totalement interdit, ce ne sont en réalité que les pratiques relevant de l'eugénisme radical qui sont prohibées, c'est-à-dire la normalisation *directe* - contrainte et forcée - de $\zeta\theta\epsilon$ (**section 1**). L'eugénisme individuel, c'est-à-dire la normalisation *indirecte* et librement consentie de $\zeta\theta\epsilon$, n'est, quant à lui, pas interdit puisque les ordres juridiques autorisent, voire encouragent, le recours aux diagnostics prénatals (**section 2**).

Section 1. L'interdiction de l'eugénisme radical ou de la normalisation directe de la vie

Section 2. L'autorisation de l'eugénisme individuel ou de la normalisation indirecte de la vie

³⁴⁵² Conseil d'État, *La révision des lois bioéthiques*, *op. cit.*, p. 30 : Comme le souligne le Conseil d'État, l'eugénisme « peut être le fruit d'une politique délibérément menée par un État et contraire à la dignité humaine. Il peut aussi être le résultat collectif d'une somme de décisions individuelles convergentes prises par les futurs parents, dans une société où primerait la recherche de l'enfant parfait, ou du moins indemne de nombreuses affections graves ».

Section 1. L'interdiction de l'eugénisme radical ou de la normalisation directe de la vie

1149. Dans le langage juridique, le terme d'eugénisme tend aujourd'hui à désigner (presque) exclusivement l'eugénisme radical. Eugénisme et eugénisme radical sont assimilés l'un à l'autre. Pourtant, une telle assimilation est incorrecte d'un point de vue historique³⁴⁵³. En effet, il existe, depuis le début 19^{ème} siècle, différentes doctrines qui se revendiquent de l'eugénisme et qui n'entendent pas pour autant imposer par la contrainte des mesures eugéniques, telles que par exemple la stérilisation des personnes jugées inférieures. Ainsi, il serait erroné de croire que l'eugénisme n'est que radical ou, plus encore, qu'il naît avec le nazisme. Il serait inexact d'assimiler eugénisme et nazisme. Même si ce dernier constitue certes une forme radicale et barbare d'eugénisme, l'idée eugénique - *i.e* l'idée même de normalisation - lui est antérieure et postérieure (**sous-section 1**). Cependant, l'assimilation traditionnellement établie entre l'eugénisme et le nazisme explique que les ordres juridiques se limitent à sanctionner l'eugénisme positif et radical. En effet, si l'on considère que l'eugénisme n'existe que sous sa forme radicale, alors interdire l'eugénisme radical revient à interdire toutes les formes d'eugénismes. Assimiler eugénisme et nazisme (ou eugénisme et eugénisme radical) aide ainsi à ancrer la certitude selon laquelle l'eugénisme - sous toutes ses formes - serait effectivement interdit en France et en Allemagne³⁴⁵⁴ (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Une assimilation critiquable entre eugénisme et nazisme

1150. Considérer que le terme d'*eugénisme* décrit nécessairement l'eugénisme radical ou le nazisme n'est pas exact d'un point de vue historique. En effet, plusieurs théories eugéniques précèdent le nazisme (**I**). Cependant, en subsumant l'eugénisme sous sa forme la plus radicale, le discours doctrinal et politique empêche toute interrogation sur les fondements mêmes de l'objectif *qualitatif* que prônent ces différentes doctrines, en somme sur l'idée même de normalisation. Cela permet dès lors la pérennité de l'idée eugénique (**II**).

³⁴⁵³ AUBERT-MARSON D., «L'eugénisme : une idéologie scientifique et politique», *Éthique et santé*, n° 8, 2011, p. 140 ; QUINCHE F., «Bienvenu à Gattaca ? Un nouvel eugénisme ?», *Éthique et santé*, n° 6, 2009, p. 198 ; WECKER R., BRAUNSCHWEIG S., IMBODEN G., KÜCHENHOFF B., RITTER H.J, *Wie nationalsozialistisch ist die Eugenik ?*, Vienne, Böhlau, 2009.

³⁴⁵⁴ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1). Voir aussi, BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, Paris, PUF, 2001, p. 241.

I. L'eugénisme, une doctrine qui précède le nazisme

1151. Plusieurs doctrines, telles que celle de la dégénérescence ou de l'hygiène sociale, sont eugéniques en ce qu'elles prônent une forme de sélection entre les personnes au nom de l'amélioration de l'espèce humaine.

1152. Par exemple, le psychiatre français Benedict August MOREL, défend en 1857 la théorie de la dégénérescence : il estime que des facteurs sociaux et moraux, l'hérédité, une affection acquise³⁴⁵⁵ ou l'environnement - que ce soit des agents intoxicants, une nourriture malsaine ou insuffisante, un climat ou un sol mauvais³⁴⁵⁶ - peuvent causer des lésions chez les individus à l'origine de divers troubles mentaux. Ces troubles risquent ensuite de se transmettre par l'hérédité aux générations suivantes, causant progressivement l'extinction de la lignée³⁴⁵⁷. Sa théorie prend appui sur les considérations suivantes : « *La France a [certes] besoin d'enfants [...] mais elle n'a pas besoin d'idiots* »³⁴⁵⁸ car « *une petite population de gens robustes l'emporte toujours [...] sur des millions de débiles, de lâches, d'idiots et de fous* »³⁴⁵⁹. De même, la doctrine de l'hygiénisme³⁴⁶⁰ se donne pour mission de modifier les comportements individuels afin d'améliorer la santé des individus. Les hygiénistes considèrent que « *pour améliorer l'espèce, il faut toujours avoir présente à l'esprit cette grande et simple vérité que tout perfectionnement individuel de l'ascendant retentit sur les descendants. Si donc nous voulons que l'humanité progresse, il faut nous réformer nous-mêmes, changer notre hygiène morale et notre hygiène physique* »³⁴⁶¹. Les hygiénistes accordent ainsi une grande importance au milieu, considérant que l'homme n'est pas prédéfini dès sa naissance, le milieu jouant un rôle primordial sur lui et sur sa descendance³⁴⁶².

1153. Ces deux théories peuvent être qualifiées d'eugéniques en ce qu'elles tendent à normaliser la vie humaine en jouant sur certaines de ses caractéristiques génétiques. Elles partagent donc des points communs avec la doctrine nazie. Ces points communs caractérisent, selon nous, la doctrine eugénique, dans son acception large. Quatre similitudes peuvent en particulier être mises en lumière.

³⁴⁵⁵ HAUPER J., DE SMET Y., SPAUTZ J.M., « Les théories de la dégénérescence de Bénédicte Augustin Morel (1809-1873) : inspirateurs et thuriféraires », *L'information psychiatrique*, Vol. 80, n° 1, Janvier 2004.

³⁴⁵⁶ Exemples tirés de CAROL A., *Histoire de l'eugénisme en France, les médecins et la procréation XIXème-XXème siècle*, Paris, Seuil, 1995, p. 91.

³⁴⁵⁷ GRENIER G., « Doctrine de la dégénérescence et institution asilaire au Québec », *Les cahiers du centre de Recherches historiques*, n° 12, 1994, 27 février 2009, §3-4. Voir également, PINELL P., « Dégénérescence », in LECOURT D., *Dictionnaire de la pensée médicale*, Paris, PUF, 2004, p. 311.

³⁴⁵⁸ ROUHET, *Revenons à la nature et régénérons-nous*, Boulogne-Billancourt, Berger Levrault, 1913.

³⁴⁵⁹ LAUMONIER J., « La sélection à rebours », *Gazette des hôpitaux*, 1912, p. 1066.

³⁴⁶⁰ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

³⁴⁶¹ RICHET C., « La sélection humaine », Paris, Félix Alcan, 1919, p. 55.

³⁴⁶² CAROL A., *Histoire de l'eugénisme en France, les médecins et la procréation XIXème siècle, XXème siècle*, *op. cit.*, p. 134.

1154. En premier lieu, ces théories poursuivent toutes, à l'instar de la doctrine nazie, un objectif *qualitatif*. L'hygiénisme entend par exemple améliorer la santé des individus et de la société³⁴⁶³. Leur but est donc d'améliorer la *qualité* de la population, c'est-à-dire la prolifération de *bios* - à l'instar de l'eugénisme radical. En effet, « *en matière de population, un bon eugéniste doit se définir par la priorité accordée à la qualité par rapport à la quantité* »³⁴⁶⁴. Or l'approche *qualitative* suppose de *hiérarchiser* entre les différentes formes de vie, et justifie différentes formes de sélection entre les êtres humains.

1155. En deuxième lieu, ces deux théories défendent la primauté du collectif sur les intérêts individuels, ce qui est également une caractéristique de l'eugénisme radical. En effet, de manière générale, « *l'eugénisme réalise une forme extrême de contradiction entre l'individuel et le collectif, puisque c'est au nom du bien commun [...] que l'on propose des restrictions de biens personnels - élimination des tares, pouvant passer par celle des porteurs* »³⁴⁶⁵. L'hygiénisme social entend améliorer la santé de la collectivité, au prix d'une éventuelle négation de l'individu³⁴⁶⁶ puisque cela peut par exemple conduire à l'imposition de vaccinations obligatoires³⁴⁶⁷ ou à l'interdiction de certains comportements sexuels³⁴⁶⁸. En ce sens, il convient de souligner ici que, d'une certaine manière, tout objectif de santé publique est nécessairement eugénique³⁴⁶⁹ en ce qu'il entend faire primer la sauvegarde de la santé de la collectivité sur le respect des choix individuels³⁴⁷⁰ au nom de la préservation et de l'amélioration de la santé de la population. Notons qu'en 2008, pour justifier la pénalisation de l'inceste entre descendants directs³⁴⁷¹, qui sera étudiée ultérieurement, le gouvernement allemand a fait valoir devant la Cour constitutionnelle que la loi pénale servait « *la protection de la santé du peuple* »³⁴⁷² et le juge dissident a précisément contesté le potentiel eugénique de cet objectif de santé publique³⁴⁷³.

1156. En troisième lieu, ces deux théories sont légitimées par un discours scientifique. Le corps médical joue en effet un rôle fondamental dans le développement de ces doctrines qui sont avant

³⁴⁶³ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 14.

³⁴⁶⁴ CAROL A., *Histoire de l'eugénisme en France, les médecins et la procréation XIXème-XXème siècle*, op. cit., p. 102.

³⁴⁶⁵ FASSIN D., « Au cœur de la cité salubre. La santé publique entre les mots et les choses », in DOZON J.P., FASSIN D., *Critique de la santé publique. Une approche anthropologique*, Paris, Balland, 2001 p. 63.

³⁴⁶⁶ GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 69.

³⁴⁶⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

³⁴⁶⁸ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁴⁶⁹ CZARNOWSKI G., *Das kontrollierte Paar. Ehe- und Sexualpolitik im Nationalsozialismus.*, op. cit., p. 27.

³⁴⁷⁰ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 60.

³⁴⁷¹ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁴⁷² BVerfG, 26 février 2008, 2 BvR 392/07, §27 : « *De plus, il faut accorder un poids légitime à la protection de la santé publique* ». Le juge utilise ici le terme de « *Volksgesundheit* ».

³⁴⁷³ BVerfG, 26 février 2008, 2 BvR 392/07, opinion dissidente du juge Hassemer, §82 : « *La prise en compte de considérations eugéniques n'est, dès le début, pas une finalité constitutionnellement valable. La protection de la santé de la population, qui, selon le législateur, doit faire l'objet d'une attention particulière, ne peut pas être considérée comme un bien à protéger car il est sous-tendu par des considérations eugéniques* ». Voir aussi, HÖRNLE T., « Das Verbot des Geschwisterinzests - Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik », *NJW*, 2008, p. 2085.

tout des doctrines scientifiques³⁴⁷⁴. En raison de leur ancrage scientifique, elles sont alors perçues comme des doctrines *apolitiques*. Les questions de la génétique et de la reproduction sont perçues comme des problèmes techniques, qui nécessitent des connaissances particulières. Ces doctrines « *n'ont donc aucune chance d'être considérées comme "politiques" c'est-à-dire comme des droits individuels publiquement négociables. Elles sont [...] perçues comme des enjeux collectifs, qu'ils soient liés à la préservation de la santé publique, de la race ou de la communauté. Elles sont d'autant plus neutres et "apolitiques" que des experts scientifiques sont au premier rang* »³⁴⁷⁵.

1157. En dernier lieu, ces théories attachent de l'importance à l'hérédité de certains fléaux sociaux ou de certaines « tares ». La théorie de la dégénérescence « *implique un fatalisme de l'hérédité, un principe d'incurabilité et de mise à l'écart de certains fragments de l'humanité* »³⁴⁷⁶. Par ailleurs, la plupart des hygiénistes sont influencés par la seconde loi de Lamarck sur l'hérédité des caractères acquis, « *selon laquelle les progrès accomplis à une génération sont censés passer à la génération suivante* »³⁴⁷⁷. Ainsi, les hygiénistes estiment également que « *tout homme est marqué dès sa naissance par certaines maladies* ». Ces maladies peuvent être sociales, à l'instar, selon les hygiénistes, de l'alcoolisme ou la prostitution. Or, postuler l'hérédité de certains fléaux sociaux suppose qu'ils ne puissent pas simplement être éradiqués par la modification de l'environnement ou de certains comportements mais aussi par l'éradication de certains gènes.

1158. Les théories de la dégénérescence et de l'hygiène sociale partagent ainsi certaines caractéristiques avec la doctrine nazie. Toutes ces théories considèrent ainsi que « *les choix reproductifs des êtres humains sont trop importants pour être laissés à l'initiative des individus, et engagent l'intérêt social, comme l'intérêt de la race, de la nation ou des populations humaines en général* »³⁴⁷⁸. Elles relèvent toutes, sous des formes différentes, de l'eugénisme. L'idée même de normalisation de la vie n'est pas propre au nazisme mais le précède. L'idée de sélection n'est pas, en tant que telle, propre au nazisme. Au contraire, certains hygiénistes considèrent qu'au regard du « *nombre effrayant d'individus tarés qui naissent et deviennent ensuite des charges pour les collectivités [...] l'hygiène moderne [doit] favoriser par voie de sélection et de mesures préventives, la création des individus les moins sensibles aux facteurs pathologiques* »³⁴⁷⁹. Plus encore, certains hygiénistes considèrent que la sélection naturelle ne devrait pas être entravée, voire

³⁴⁷⁴ THOMAS J.P., *Les fondements de l'eugénisme*, Paris, PUF, 1995, p. 98.

³⁴⁷⁵ CZARNOWSKI G., *Das kontrollierte Paar. Ehe- und Sexualpolitik im Nationalsozialismus*, op. cit., p. 27.

³⁴⁷⁶ Propos retranscrit par DORON C.O., « Race et dégénérescence. L'émergence des savoirs sur l'homme anormal », *Histoire, Philosophie et Sociologie des sciences*, Thèse, Université Paris-Diderot - Paris VII, 2011, p. 2.

³⁴⁷⁷ LAMARCK J.B., *Histoire naturelle des animaux sans vertèbres*, Dèterville, 1815-1822 cité par GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 72.

³⁴⁷⁸ GAYON J., « Eugénisme », in LECOURT D., *Dictionnaire de la pensée médicale*, op. cit., p. 455. Pour l'Allemagne, voir CZARNOWSKI G., *Das kontrollierte Paar. Ehe- und Sexualpolitik im Nationalsozialismus*, op. cit., p. 37.

³⁴⁷⁹ TOULOUSE E., « Le problème sexologique », *Bulletin de l'Association d'études sexologiques*, 1932, p. 3.

même que l'État devrait intervenir pour la soutenir³⁴⁸⁰. En outre, en Allemagne, un courant d'hygiénisme racial se développe au début du 20^{ème} siècle³⁴⁸¹. Il est très similaire à la doctrine nazie³⁴⁸². L'hygiénisme racial insiste sur le nécessaire maintien *qualitatif* de la population *via* une purification de la société humaine³⁴⁸³. Il prône le maintien de la « *force du peuple* »³⁴⁸⁴ et la survie de la race allemande³⁴⁸⁵. Il s'agit donc d'une doctrine « *à la fois biologique et sociale qui réunit des principes hygiéniques (c'est-à-dire pasteuriens), des principes eugéniques (au sens de Galton) et des principes raciaux (races supérieures et inférieures)* »³⁴⁸⁶. Cette théorie considère que les « tarés » mettent en danger le potentiel génétique de la nation et nuisent à son économie car ils sont trop coûteux pour la collectivité³⁴⁸⁷. L'hygiénisme racial se revendique de l'hygiénisme³⁴⁸⁸, mais les moyens proposés pour purifier la race, notamment la pratique de la stérilisation forcée³⁴⁸⁹, sont incontestablement radicaux³⁴⁹⁰.

1159. Ainsi,

« un constat s'impose : l'eugénisme ne commence pas avec le troisième Reich, mais dès le début du siècle [...]. La législation adoptée par les nazis se place donc dans la continuité du mouvement eugénique allemand, lequel avait également préparé la population à accepter l'idée que certaines vies ne valent pas la peine d'être vécues »³⁴⁹¹. En effet « le projet eugénique est à situer dans l'ensemble des démarches qui, au XIX^e siècle, visent à améliorer la santé publique. C'est une idée ancienne qui a été en quelque sorte renouvelée par les thèses hygiénistes, elles-mêmes influencées par les théories de la dégénérescence. Il s'inscrit [donc] dans une continuité qui se remarque au travers des caractéristiques qu'il partage avec l'hygiénisme [...] »³⁴⁹².

1160. Partant, l'eugénisme peut être perçu comme un concept immanent à la modernité³⁴⁹³ car il est finalement intrinsèquement lié au *maintien de la population*, au *faire vivre*. Or, la présente étude entend précisément démontrer que le *maintien de la population* ou le *faire vivre* ne poursuit pas

³⁴⁸⁰ APERT E., *L'hérédité morbide*, Paris, Flammarion, 1919, p. 3 cité par GRÜNDLER T., *La santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 73.

³⁴⁸¹ JÜTTE R., *Lust ohne Last, Geschichte der Empfängnisverhütung von der Antike bis zum Gegenwart*, op. cit., p. 264.

³⁴⁸² Voir notamment WEINDLING P., *Hygiène raciale et eugénisme médical en Allemagne, 1870-1932*, Paris, La Découverte, 1998 ; KROLL J., BAYERTZ K., *Rasse, Blut und Gene : Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 2006.

³⁴⁸³ RITTER G., *Der Sozialstaat Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, Berlin, De Gruyter, 2010, p. 134.

³⁴⁸⁴ JÜTTE R., *Lust ohne Last, Geschichte der Empfängnisverhütung von der Antike bis zum Gegenwart*, op. cit., p. 263.

³⁴⁸⁵ Voir CZARNOWSKI G., *Das kontrollierte Paar. Ehe- und Sexualpolitik im Nationalsozialismus.*, op. cit., p. 24.

³⁴⁸⁶ AUBERT-MARSON D., *Histoire de l'eugénisme*, op. cit., p. 238.

³⁴⁸⁷ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, p. 64.

³⁴⁸⁸ CZARNOWSKI G., *Das kontrollierte Paar. Ehe- und Sexualpolitik im Nationalsozialismus.*, op. cit., p. 23.

³⁴⁸⁹ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, op. cit., p. 65.

³⁴⁹⁰ Voir également, VOSEN J., « Die Umsetzung der Politik der Eugenik bzw. Rassenhygiene durch die öffentliche Gesundheitsverwaltung im Deutschen Reich. Das Beispiel der Sterilisationspolitik (1923-1939) », in WECKER R., BRAUNSCHWEIG S., IMBODEN G., KÜCHENHOFF B., RITTER H.J., *Wie nationalsozialistisch ist die Eugenik ?*, op. cit., p. 1.

³⁴⁹¹ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, op. cit., p. 64.

³⁴⁹² GRÜNDLER T., *La Santé publique face aux droits fondamentaux*, op. cit., p. 69-70.

³⁴⁹³ CZARNOWSKI G., *Das kontrollierte Paar. Ehe und Sexualpolitik im Nationalsozialismus.*, op. cit., p. 25 : « L'eugénisme et l'hygiénisme racial qui se développent en Allemagne ne peuvent pas être considérés comme de simples prédécesseurs du national-socialisme. Ils doivent être compris comme des systèmes d'action et de croyances politiques, sociales et scientifiques, inhérents à la modernité, dont les finalités et les conséquences ne sont pas encore pleinement appréhendées ». Voir également HABERMAS J., *L'avenir de la nature humaine - vers un eugénisme libéral ?*, op. cit., p. 43.

seulement une finalité *quantitative* mais également *qualitative*³⁴⁹⁴. La manière dont l'hygiénisme (précurseurs des - et aujourd'hui largement remplacées par - politiques de santé publique) cherchent à améliorer la qualité de la population le montre ; il est donc lié aux objectifs biopolitiques des États modernes³⁴⁹⁵

1161. La légitimité de l'idée selon laquelle il est pertinent de chercher à améliorer les qualités de la population, et notamment sa santé ou ses caractéristiques génétiques, n'est cependant que peu interrogée. C'est particulièrement peu le cas en France où l'objectif de santé publique n'est de manière générale que peu contesté³⁴⁹⁶. En revanche, en Allemagne, une approche collective de la santé est perçue comme moins légitime³⁴⁹⁷ qu'en France³⁴⁹⁸. Il n'existe d'ailleurs pas d'obligation vaccinale outre-Rhin³⁴⁹⁹. Cette différence s'explique notamment par le fait que ces deux ordres juridiques n'ont pas connu des expériences similaires en ce qui concerne la mise en œuvre de ces différentes doctrines. Cependant, la réduction de l'eugénisme à sa forme la plus radicale empêche la remise en cause de l'idée même de normalisation. Ainsi, même en Allemagne, où la doctrine radicale de l'eugénisme se matérialise pourtant très clairement sous le Troisième Reich³⁵⁰⁰, l'eugénisme succède malgré tout au nazisme.

II. L'eugénisme, une doctrine qui succède au nazisme

1162. Même si l'eugénisme n'apparaît pas avec le nazisme, ce dernier en est l'une des formes les plus radicales. En revanche, en France, l'eugénisme a été moins radicalement mis en œuvre par les pouvoirs publics. Ce sont surtout les doctrines d'hygiène sociale qui ont été concrétisées par le droit (A). Dans les deux cas, on peut toutefois observer que la doctrine eugénique succède au nazisme (B).

³⁴⁹⁴ Cf. *supra* (introduction).

³⁴⁹⁵ En ce sens, HABERMAS J., *L'avenir de la nature humaine - vers un eugénisme libéral ?*, *op. cit.*, p. 43.

³⁴⁹⁶ Cf. *supra* (introduction) ; (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 1).

³⁴⁹⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; BVerfG, 11 juillet 1958 - BVerfGE 7, 377, §98 : « Il est indéniable que la santé publique est un bien fondamentale de la communauté dont la protection justifie des atteintes à la liberté individuelle ». Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁴⁹⁸ Cf. *supra* (partie 1) ; (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁴⁹⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

³⁵⁰⁰ JOUANJAN O., *Justifier l'injustifiable - l'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, p. 201 : « Le droit national-socialiste doit servir la vision national-socialiste du monde. L'objectif de cette vision du monde et, donc, le but du droit est le maintien de la pureté, la conservation, la promotion et la protection du peuple allemand » (se référant aux propos du juge dans Tribunal régional d'Iéna, 17 mai 1938).

A. Une mise œuvre différente de la doctrine radicale en France et en Allemagne

1163. Bien qu'il existe des points communs entre les différentes théories eugéniques, telles que celle de la dégénérescence, de l'hygiénisme ou du nazisme, il est indéniable qu'elles divergent fondamentalement sur la manière dont elles entendent concrétiser l'objectif *qualitatif* qu'elles prônent toutes. Ainsi, s'il était, dans un premier temps, nécessaire d'insister sur les liens qui unissent ces différentes doctrines, il convient désormais de souligner leurs différences. Cela permettra notamment de comprendre les raisons pour lesquelles les deux ordres juridiques n'abordent aujourd'hui pas exactement de la même façon la question de la normalisation de *zoe* à l'aune de certaines de ses caractéristiques physiques ou génétiques. Ces différences concernent principalement la manière dont ces doctrines ont été concrétisées par l'État. En effet, en France, c'est principalement la théorie hygiéniste qui est mise en œuvre par les pouvoirs publics, lesquels contribuent ce faisant à une normalisation libérale et sociale de la vie (1); en Allemagne, par contraste, l'avènement du Reich marque l'apogée de l'eugénisme radical, et donc, en somme, de la normalisation *directe* de la vie (2).

1. Une mise en œuvre *a minima* en droit français

1164. En France, c'est principalement la doctrine de l'hygiénisme social qui est mise en œuvre par les pouvoirs publics³⁵⁰¹. La doctrine radicale fait certes l'objet d'une certaine reconnaissance scientifique, politique et sociale au début du 20^{ème} siècle³⁵⁰² mais les pouvoirs publics n'adoptent pas, à cette époque, de mesure de normalisation *directe* de la vie. L'une des mesures à pouvoir être toutefois qualifiée d'eugénique est le certificat prénuptial³⁵⁰³, créé par la loi du 16 décembre 1942 sur la protection de la maternité et de la première enfance, qui disparaît en 2007³⁵⁰⁴. Cette loi impose avant la célébration du mariage, « *la remise, par chacun des futurs époux, d'un certificat médical datant de moins de deux mois, attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue*

³⁵⁰¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

³⁵⁰² Cette reconnaissance politique s'illustre notamment par la création en 1941 de la Fondation française sur l'étude des problèmes humains, qui a pour régent l'eugéniste Alexis Carrel, et pour but « *d'étudier sous tous les aspects les mesures propres à sauvegarder, améliorer et développer la population française* » (loi du 17 novembre 1941 créant la Fondation française pour l'étude des problèmes humains, JO, 5 décembre 1941 page 5251). La création de l'INED en 1945 en est également une illustration. Elle a pour finalité « *d'étudier tous les moyens matériels et moraux susceptibles de contribuer à l'accroissement quantitatif et à l'amélioration qualitative de la population [...]* » (article 2 de l'ordonnance n° 45-2499 du 24 octobre 1945 portant création de l'institut national d'études démographiques qui se substitue à la Fondation française pour l'étude des problèmes humains, JO, 25 octobre 1945 p. 6896). Voir aussi ROBCIS C., *La loi de la parenté, la famille, les experts, et la République*, Paris, éditions Fahrenheit, 2016, p. 74 notamment.

³⁵⁰³ Loi n° 941 du 16 décembre 1942 relative à la protection de la maternité de la première enfance, JO, 22 décembre 1942 p. 4170.

³⁵⁰⁴ Article 8 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. Il supprime le second alinéa de l'article 63 du Code civil.

du mariage »³⁵⁰⁵. Ce certificat médical doit attester l'absence de maladies, en particulier vénériennes. L'objectif est de s'assurer de la bonne santé des personnes qui vont se marier et, *a priori*, fonder une famille. Par ce biais, les pouvoirs publics s'assurent donc que les personnes supposées engendrer ne sont pas porteuses d'une maladie qu'elles risqueraient de transmettre à leur conjoint, à leur conjointe ou à leur descendance. Cette finalité *qualitative* est l'une des raisons pour lesquelles, cette mesure pourrait être considérée eugénique³⁵⁰⁶. Le préambule de la loi de 1942 est en effet brutalement clair : « Pour la première fois apparaît dans la législation française une mesure d'eugénisme : le certificat d'examen médical avant le mariage [...] »³⁵⁰⁷. Cependant, comme l'indique son titre, l'objet premier de la loi est également *quantitatif* puisqu'il cherche à protéger la maternité et la petite enfance dans le but de favoriser les naissances. De plus, le choix du conjoint restant libre, les effets de cette loi sur l'espèce humaine sont très limités. La mesure est donc loin d'être *radicalement* eugénique³⁵⁰⁸.

1165. Ainsi, en France, « la hantise du déclin démographique [fait] prévaloir le souci de la quantité sur celui de la qualité »³⁵⁰⁹. L'État admet que le milieu dans lequel interagissent les individus puisse être influencé, mais pas au point de risquer une chute de la natalité en limitant les naissances. Il n'en va cependant pas de même en Allemagne où l'eugénisme radical trouve des traductions nettes en droit à partir des années 1930.

2. Une mise en œuvre *a maxima* en droit allemand

1166. En Allemagne, dès le début du 20^{ème} siècle, les pouvoirs publics manifestent, bien plus qu'en France, leur intérêt pour l'eugénisme radical. Dès la République de Weimar, certains acteurs juridiques cherchent à intégrer l'eugénisme radical au droit positif. Par exemple, en 1923 et en 1925, des projets de loi sur la stérilisation eugénique sont présentés au Parlement³⁵¹⁰. Certes, ces tentatives restent vaines et c'est avant tout un eugénisme social (*i.e* la doctrine hygiéniste) qui est

³⁵⁰⁵ Article 63 alinéa 2 du Code civil (ancienne version).

³⁵⁰⁶ CAROL A., *Histoire de l'eugénisme en France*, *op. cit.*, p. 319. Voir également GRÜNDLER T., *La santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 78.

³⁵⁰⁷ Préambule de la Loi du 16 décembre 1942 relative à la protection de la maternité de la première enfance, JO, 22 décembre 1942, p. 4170.

³⁵⁰⁸ GRÜNDLER T., *La santé publique face aux droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 78.

³⁵⁰⁹ TAGUIEFF P.A., « L'introduction de l'eugénisme en France : du mot à l'idée », *MOTS*, n° 26, mars 1991, p. 44 : « Inadéquation de l'offre idéologico-politique (qualitative) du projet eugénique avec la demande nationale (quantitative) après la saignée de 1914-1918 » ; TOULOUSE E., *La question sexuelle et la femme*, 1918, p. 139 cité par CAROL A., *Histoire de l'eugénisme en France, les médecins et la procréation XIXème-XXème siècle*, *op. cit.*, p. 114.

³⁵¹⁰ En 1923, le projet est présenté au parlement de la Saxe et en 1925 au parlement Prusse. La *Lex Zwickau* propose la stérilisation des aveugles, sourds, épileptiques ou débiles, des handicapés mentaux et des faibles d'esprit et conditionne le mariage de ces différents individus à leur stérilisation. Ce projet n'est certes pas voté mais il est approuvé en aval par le corps médical. En 1925, un nouveau projet de loi tente, à nouveau, d'autoriser les stérilisations eugéniques. Voir sur ce point, WECKER, R., BRAUNSCHWEIG S., IMBODEN G., KÜCHENHOFF B., RITTER H.J. (dir.), *Wie nationalsozialistisch ist die Eugenik ?*, *op. cit.*, p. 97.

mis en place par les pouvoirs publics³⁵¹¹. La doctrine radicale connaît néanmoins dès les années 1920 un essor politique important. À partir des années 1930³⁵¹², les débats relatifs à la stérilisation eugénique (forcée) sont de plus en plus intenses³⁵¹³. La crise économique de 1929 permet aux eugénistes de convaincre les pouvoirs publics d'abandonner les mesures de protection sociale des personnes handicapées car les ressources étatiques doivent être consacrées à la population de *qualité*³⁵¹⁴. En 1932, lorsque les nazis obtiennent 37,4 % des voix aux élections législatives³⁵¹⁵, une des commissions du conseil régional de la santé dépose un projet de loi relatif à la stérilisation volontaire, défendant « *l'eugénisme au nom de la prospérité du peuple* »³⁵¹⁶. En 1933, Adolphe HITLER arrive au pouvoir.

1167. L'histoire de l'eugénisme qui se déroule ensuite sous le Troisième Reich est bien connue et ne nécessite pas d'être explicitée ici en détail. On peut seulement rappeler que le programme eugéniste nazi s'accomplit en trois temps : un programme eugénique, un programme d'euthanasie et un programme d'extermination³⁵¹⁷. C'est tout d'abord la loi de 1933 sur la prévention de la transmission des maladies héréditaires³⁵¹⁸ qui prévoit la stérilisation forcée des « *tarés* »³⁵¹⁹. Puis, en 1935, une loi relative à la protection du sang et de l'honneur allemands interdit les mariages et relations sexuelles entre Juifs et Allemands - ou individus de « *sang similaire* »³⁵²⁰. La loi est « *portée par la conviction que la pureté du sang allemand est la condition nécessaire du maintien du peuple allemand et guidé par*

³⁵¹¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

³⁵¹² En 1931, la commission parlementaire en charge d'une nouvelle réforme pénale admet la stérilisation eugénique consentie. En parallèle, une directive encourageant les nouveaux traitements médicaux et l'expérimentation scientifique sur l'homme est prise par le Conseil de santé du Reich.

³⁵¹³ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, *op. cit.*, p. 67.

³⁵¹⁴ WEINGART P., KROLL J., BAYERTZ K., *Rasse, Blut und Gene : Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 2006.

³⁵¹⁵ Chiffres cités par BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, *op. cit.*, p. 67.

³⁵¹⁶ Mentionné par SCHMUL H.W., « Sterilisation, Euthanasie, Endlösung. Erbgesundheitspolitik unter den Bedingungen charismatischer Herrschaft », in FREI N., *Medizin und Gesundheitspolitik in der NS Zeit*, München, Oldenburg, 1991, p. 295 ; WECKER, R., BRAUNSCHEIG S., IMBODEN G., KÜCHENHOFF B., RITTER H.J. (dir.), *Wie nationalsozialistisch ist die Eugenik ?*, *op. cit.*, p. 98.

³⁵¹⁷ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, *op. cit.*, p. 69. Sur cette question, voir aussi WEINGART P., KROLL J., BAYERTZ K., *Rasse, Blut und Gene : Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland*, *op. cit.* ; LEMBKE T., JATUBZIK F., *Eugenik und andere Übel*, Berlin, Suhrkamp, 2014 ; KÜHL S., *Die Internationale der Rassisten : Aufstieg und Niedergang der internationalen Bewegung für Eugenik und Rassenhygiene im 20. Jahrhundert*, Francfort sur le main, Campus Verlag, 1997.

³⁵¹⁸ Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses - 14 juillet 1933, Reichsgesetzblatt 1933 I, p. 529. La loi est complétée par les règlements suivants : Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, 5 décembre 1933 ; Zweite Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, 29 mai 1934 Reichsgesetzblatt 1935 I, p. 475 ; Dritte Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses du 25 février 1935, Reichsgesetzblatt 1933 I, p. 1021.

³⁵¹⁹ Elle dispose que « *chaque personne atteinte d'une maladie héréditaire peut être stérilisée chirurgicalement si, au regard des connaissances médicales, il y a de grandes probabilités que les descendants de cette personne soient également atteints des maux héréditaires graves, mentaux ou corporels dont souffrent l'individu* » (§1). La loi vise « *les débiles, les schizophrènes, les manico-dépressifs, les toxicomanes, les chorées d'Huntington, les aveugles, les sourds, les handicapés physiques et les alcooliques* » (§1).

³⁵²⁰ Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, 15 septembre 1935, Reichsgesetzblatt 1935 I, p. 1146.

la volonté d'assurer l'avenir de la nation allemande»³⁵²¹. Enfin, une autre loi de 1935, relative à la protection de la santé héréditaire du peuple allemand, complète la loi de 1933 sur les stérilisations des malades mentaux en leur interdisant le mariage³⁵²². Une circulaire du 21 septembre 1939 met ensuite en place un programme d'élimination des êtres jugés inférieurs³⁵²³. Le nombre de malades mentaux tués dans ce cadre en Allemagne est estimé à 70 000³⁵²⁴. Quant à la dernière phase, rappelons qu'en 1941, l'euthanasie de toutes les personnes « *indésirables* »³⁵²⁵ (et notamment de ceux déjà envoyés depuis le début de la guerre dans des camps de concentration) est ordonnée par les nazis ; la Solution finale est décidée en 1942. Le nombre de juifs exterminés est estimé entre 5 à 6 millions. Adolphe HITLER met en œuvre un programme allant ainsi « *de l'eugénisme au génocide* »³⁵²⁶.

1168. Il est incontestable que la doctrine radicale ne fait pas l'objet de la même mise en œuvre en France et en Allemagne³⁵²⁷. Cela explique que, par la suite, les deux pays ne développent pas, notamment après-guerre, la même conception de la santé publique, de la procréation ou des mesures susceptibles de relever de l'eugénisme. Dans les deux cas, cependant, notons que l'eugénisme survit au nazisme.

B. L'eugénisme, une doctrine qui survit au nazisme

1169. Même si eugénisme et nazisme sont souvent assimilés l'un à l'autre, l'eugénisme ne disparaît pas avec le nazisme.

1170. En ce sens, il faut souligner qu'en 1945, la loi sur la prévention de la transmission des maladies héréditaires de 1933 n'est pas suspendue par le comité de contrôle des lois instauré par les Alliés. Si certains Länder votent pour son abrogation, d'autres la maintiennent. La zone d'occupation britannique vote même en 1947 pour sa perpétuation, même si *de facto* cette loi ne peut plus être mise en œuvre car les tribunaux de santé héréditaire n'existent plus. Par ailleurs, en 1957, le gouvernement fédéral déclare devant le Parlement que

³⁵²¹ Voir l'introduction de ce texte : Einführung zum Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, 15 septembre 1935.

³⁵²² Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz), 18 octobre 1935. Elle dispose que le mariage est interdit lorsque l'un des membres du couple est « *a) atteint d'une maladie contagieuse qui peut nuire à la santé du conjoint ou de ses descendants ; b) incapable ou momentanément sous tutelle ; c) atteint d'une maladie mentale, qui rend le mariage indésirable pour la communauté nationale ; d) atteint d'une maladie héréditaire au regard de la loi sur prévention de la transmission des maladies héréditaires* » (§1).

³⁵²³ Voir sur cette question, BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, op. cit., p. 75.

³⁵²⁴ *Ibid.*, p. 77.

³⁵²⁵ *Ibid.*, p. 78.

³⁵²⁶ *Ibid.*

³⁵²⁷ Voir, sur ce point, MISSA J.N., SUSANNE C., *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, op. cit.

« la loi sur la prévention de la transmission des maladies héréditaires du 14 juillet 1933 n'est pas une loi typiquement nazie car d'autres pays démocratiques, tels que la Suède, le Danemark, la Finlande ou certains États des États-Unis ont également eu des lois similaires. La loi d'indemnisation fédérale ne permet en principe une indemnisation que pour les victimes directes du régime nazi et seulement dans certains cas exceptionnels aux personnes qui ont subi des dommages du fait d'atteintes aux principes fondamentaux »³⁵²⁸.

1171. Ainsi, les alliés ne comptent pas la loi de 1933 parmi les lois considérées comme « typiquement nazies » et devant, par conséquent, être automatiquement suspendues car, à la même époque, de nombreux autres pays pratiquaient aussi des stérilisations similaires³⁵²⁹. La loi n'a donc pas à être impérativement abrogée.

1172. Ce n'est qu'en 1974 que la loi de 1933 est définitivement suspendue³⁵³⁰. En 1988, le Parlement reconnaît même que les souffrances qu'elle a induites aux personnes stérilisées de force : « Le Parlement constate que la loi de 1933 a conduit à des stérilisations forcées injustes. Le Parlement condamne les mesures qui sont l'expression des conceptions nazies inhumaines fondées sur l'idée de vie sans valeur. Les victimes de la stérilisation forcée et leurs proches méritent respect et compassion »³⁵³¹. Plus tard, une loi de 1998 suspend « les jugements injustes du régime national-socialiste dans le domaine de la justice pénale et des décisions de stérilisations rendues par les tribunaux de santé héréditaire »³⁵³². Cependant, les victimes de ces stérilisations forcées n'ont jamais pu être indemnisées par la loi fédérale sur les indemnisations³⁵³³ car elles ne sont pas considérées comme des victimes directes du nazisme.

1173. Dans les deux ordres juridiques, les liens qui existent entre toutes les théories eugéniques sont donc largement invisibilisés. Non seulement l'eugénisme est absorbé par sa forme la plus radicale, mais lorsque l'existence d'autres formes d'eugénisme (plus libérales) apparaît, l'eugénisme radical (*i.e* le nazisme) est alors présenté comme *rompant* catégoriquement avec ces autres doctrines. Cette invisibilisation permet d'éviter toute interrogation fondamentale sur la légitimité même de leur objectif *qualitatif*, ce qui facilitera, on le verra, l'admission des pratiques relevant de l'eugénisme individuel. Mais cette invisibilisation explique également que les droits français et allemand se limitent à interdire les pratiques d'eugénisme radical, tout en laissant flotter un flou autour de la

³⁵²⁸ Discours du 7 février 1957, Plenarprotokoll 2/191, p. 10876, cité par SCHEULEN A., « Zur Rechtslage und Rechtsentwicklung des Erbgesundheitsgesetzes 1934 », in HAMM M. (dir.), *Lebensunwert - zerstörtes Leben : Zwangssterilisation und Euthanasie*, VAS-Verlag für Akademische Schriften, Frankfurt am Main, 2005, p. 215.

³⁵²⁹ Voir notamment, WECKER R., BRAUNSCHWEIG S., IMBODEN G., KÜCHENHOFF B., RITTER H.J., *Wie nationalsozialistisch ist die Eugenik ?*, *op. cit.*, 2009.

³⁵³⁰ Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts - cinquième loi portant réforme du droit pénal, 18 juin 1974.

³⁵³¹ Voir la déclaration du gouvernement : « Nichtigkeitserklärung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 und der nach diesem Gesetz ergangenen Entscheidungen », 26 janvier 1988, BT Drucksache 11/1714, p. 2.

³⁵³² SCHEULEN A., « Zur Rechtslage und Rechtsentwicklung des Erbgesundheitsgesetzes 1934 », in HAMM M. (dir.), *Lebensunwert - zerstörtes Leben : Zwangssterilisation und Euthanasie*, *op. cit.*, p. 5.

³⁵³³ Voir la loi en question : Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (BEG), 18 septembre 1953.

notion ; flou qui permet de prétendre que toutes les formes d'eugénismes sont désormais interdites par le droit.

Sous-section 2. Une interdiction limitée au seul eugénisme radical

1174. Malgré certains énoncés assez généraux qui suggèrent une prohibition générale de l'eugénisme, force est de constater que le droit n'interdit pas *toutes* les formes d'eugénisme ou de sélection. Cherchant avant tout à empêcher la réitération des pratiques nazies barbares, les ordres juridiques s'en tiennent principalement à une prohibition de la normalisation *directe*, étatique organisée et forcée, de *zoe*, que ce soit au niveau international (I) ou interne, en France et en Allemagne (II).

I. Une interdiction limitée en droit international

1175. Dès 1945, afin d'éviter que ne se reproduisent les horreurs commises par les nazis, plusieurs dispositions de droit international interdisent nombre de pratiques susceptibles de relever de l'eugénisme, même si le droit international ne le définit pas explicitement.

1176. En premier lieu, des dispositions, non contraignantes, apparaissent très tôt pour imposer le consentement comme prérequis à toute expérimentation médicale. Ainsi, le Code de Nuremberg dispose, dès 1945, que « *le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel* »³⁵³⁴. La Déclaration d'Helsinki de l'association médicale mondiale de 1964 sur les principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains prévoit, quant à elle, qu'« *aucune personne capable de donner un consentement éclairé ne peut être impliquée dans une recherche sans avoir donné son consentement libre et éclairé* »³⁵³⁵. La Déclaration de Manille de l'OMS sur la recherche impliquant la participation de sujets humains de 1981 énonce que

« les sujets humains ne devront être utilisés dans la recherche médicale que si l'on a obtenu leur consentement libre et éclairé » et précise que « *les considérations éthiques applicables aux malades mentaux et aux déficients mentaux sont pour l'essentiel semblables à celles qui valent pour les enfants. Ils ne devront jamais être les sujets de recherches pouvant tout aussi bien-être effectuées sur des adultes en pleine possession de leurs facultés intellectuelles, mais ils sont évidemment les seuls sujets dont on dispose pour les recherches sur les origines et le traitement de la maladie ou de la déficience mentale* »³⁵³⁶.

³⁵³⁴ Principe 1 du Code de Nuremberg. Voir aussi, AMIEL P., VIALLA F., « La vérité perdue du Code de Nuremberg : réception et déformations du Code de Nuremberg en France », *RDSS*, 2009, p. 673.

³⁵³⁵ Association médicale mondiale, Déclaration d'Helsinki - principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains, 18^{ème} Assemblée générale, Helsinki, Finlande, juin 1964, point 25.

³⁵³⁶ OMS et CIOMS, Déclaration de Manille, à propos de la recherche impliquant la participation de sujets humains, 1981, point 11 et 12.

1177. Au-delà du *soft law*, des textes juridiquement contraignants sont édictés. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide³⁵³⁷ de 1948 interdit explicitement les « *mesures visant à entraver les naissances au sein d'un groupe* »³⁵³⁸. Par ce biais, elle interdit les pratiques eugéniques qui conduisent à une sélection, voire à une destruction, entre les personnes en raison de certaines de leurs caractéristiques ethniques, raciales nationales ou religieuses³⁵³⁹.

1178. Cependant, à partir des années 1990, les avancées biomédicales font craindre la mise en œuvre de nouvelles formes de sélection entre les êtres humains. Dans la mesure où la science permet désormais des pratiques qui n'auraient pu être mises en œuvre par les nazis lors de la Seconde Guerre mondiale, les craintes vont au-delà de la seule réitération de leurs pratiques. Ces technologies peuvent en effet favoriser l'apparition de certains caractères génétiques. Elles peuvent, par exemple, modifier le génome humain par l'intégration d'un fragment d'ADN étranger dans une cellule susceptible alors de transformer l'ensemble du matériel génétique d'une personne, voire même d'une espèce. Ces technologies rendent le clonage possible par la reproduction d'un être vivant à partir d'une de ses cellules. Mais elles peuvent également éradiquer certains caractères génétiques. La réalisation de certains tests anténataux permet en effet d'empêcher qu'advienne la vie humaine qui détient ces caractéristiques. Face à la crainte d'une résurgence et/ou d'un renouvellement de pratiques eugéniques potentiellement attentatoires à la dignité humaine, la prohibition de l'eugénisme devient plus explicite.

1179. Tout d'abord, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997, adoptée dans le cadre de l'UNESCO, entend protéger le génome³⁵⁴⁰, soit « *l'ensemble du matériel génétique, c'est-à-dire des molécules d'ADN d'une cellule* »³⁵⁴¹. Elle peut être interprétée comme cherchant à interdire les pratiques eugéniques, tant négatives - celles qui visent à éradiquer certaines caractéristiques génétiques - que positives - celles qui favorisent l'apparition de certaines caractéristiques. Elle consacre le principe selon lequel « *chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques* »³⁵⁴². Or, le principe de dignité contient nécessairement « *l'idée selon laquelle l'individu prime sur la collectivité, il récuse toute instrumentalisation de l'être humain, ainsi que toute discrimination conduisant à considérer, directement ou indirectement, que certains hommes*

³⁵³⁷ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948 - entrée en vigueur le 12 janvier 1951.

³⁵³⁸ Article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Voir également l'article 5 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Oviedo, 4 avril 1997.

³⁵³⁹ *Ibid.*

³⁵⁴⁰ Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997.

³⁵⁴¹ Définition du dictionnaire Larousse pour « génome ».

³⁵⁴² Article 2 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997.

sont un peu moins homme que les autres »³⁵⁴³. Partant, le principe de dignité « *réfuse formellement les pratiques eugéniques* »³⁵⁴⁴. Elle interdit également le clonage³⁵⁴⁵. Les pratiques susceptibles d'engendrer une modification de l'espèce humaine sont ainsi prohibées par le droit international.

1180. À l'échelle du Conseil de l'Europe, la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et de la biomédecine de 1997 affirme, elle aussi, protéger l'intégrité du génome humain³⁵⁴⁶. Bien que toute référence à l'eugénisme y demeure implicite, cette Convention est réputée s'y opposer³⁵⁴⁷.

1181. Plus récemment, l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que

« toute personne a droit à son intégrité physique et mentale. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi, l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes, l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties une source de profit, l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains ».

1182. Cela étant, si ces textes prohibent de manière plus ou moins explicite l'eugénisme, ils n'interdisent d'une part que l'eugénisme positif, c'est-à-dire celui qui est susceptible de modifier le génome humain (et, partant, l'espèce humaine dans son entier) et, d'autre part, sa mise en œuvre radicale, c'est-à-dire contrainte. Ainsi, si la Convention d'Oviedo se montre méfiante à l'égard des avancées biomédicales, elle affirme également « *que les progrès de la biologie et de la médecine doivent être utilisés pour le bénéfice des générations présentes et futures* »³⁵⁴⁸. L'article 12 de la Convention autorise ainsi, sous conditions, les tests génétiques prédictifs³⁵⁴⁹. L'article 13 permet, quant à lui, les interventions sur le génome humain qui répondent à des fins préventives, diagnostiques ou thérapeutiques, tant

³⁵⁴³ MATHIEU B., « Constitution et génome », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, n° 14, p. 527. Voir aussi, MATHIEU B., « Génome humain et droits fondamentaux », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 53-1, p. 236.

³⁵⁴⁴ MALJEAN-DUBOIS S., « Bioéthique et droit international », *Annuaire français de droit international*, Vol. 46, 2000, p. 102.

³⁵⁴⁵ Article 11 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997. Voir GALLOUX J.C., « Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain », *Dalloz*, 1996, p. 141 : le texte entend lutter contre « *un eugénisme positif cherchant à obtenir des individus dotés de qualités supérieures héréditaires, de reproduire à l'identique des personnes ayant une supériorité physique ou intellectuelle* ».

³⁵⁴⁶ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Oviedo, 4 avril 1997. Voir, PEDROT P., « Convention sur les droits de l'homme et la Biomédecine », *RDSS*, 2010, p. 982 ; DUBOIS L., « La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine », *RDSS*, 1998, p. 211 ; MIRKOVIC A., « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *Dalloz*, 2012, p. 110.

³⁵⁴⁷ Voir notamment : l'article 2 qui rappelle la primauté de l'être humain sur le seul intérêt de la société ; l'article 5 sur le principe de consentement et l'article 11 sur l'interdiction des discriminations fondées sur le patrimoine génétique et le protocole additionnel à la Convention du 12 janvier 1998 qui interdit le clonage.

³⁵⁴⁸ Préambule du Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 12 janvier 1998.

³⁵⁴⁹ Article 12 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine : « *Il ne pourra être procédé à des tests prédictifs de maladies génétiques ou permettant soit d'identifier le sujet comme porteur d'un gène responsable d'une maladie soit de détecter une prédisposition ou une susceptibilité génétique à une maladie qu'à des fins médicales ou de recherche médicale, et sous réserve d'un conseil génétique approprié* ».

qu'elles n'ont pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance³⁵⁵⁰. Le protocole additionnel de 2008 de la Convention³⁵⁵¹ reconnaît, par ailleurs, « *les bénéfices procurés dans le domaine de la santé par la génétique, en particulier par les tests génétiques* »³⁵⁵². De plus, si les auteurs du protocole ont conscience « *du caractère préoccupant d'éventuelles utilisations abusives des tests génétiques, en particulier des informations résultant de ces tests* » ils considèrent également que « *le développement des sciences médicales peut contribuer à sauver des vies et à améliorer la qualité de la vie* ». De telles dispositions, lorsqu'elles ne sont pas accompagnées d'une prohibition explicite de la sélection entre les êtres humains - ou d'une liste exhaustive des pratiques autorisées - peuvent alors être interprétées comme exprimant une certaine tolérance à l'égard de pratiques pourtant susceptibles de relever de l'eugénisme car entendant améliorer la qualité de vie des personnes. En ce sens, on peut souligner que l'Allemagne n'a pas ratifié la Convention d'Oviedo qu'il juge « *trop laxiste* »³⁵⁵³. Ainsi, la Convention d'Oviedo n'interdit que l'eugénisme radical et positif. Il en est de même de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de 1997. En posant le recueil du consentement préalable, libre et éclairé de l'intéressé à la réalisation de recherches, traitements et diagnostics portant sur le génome d'un individu³⁵⁵⁴, elle sanctionne nécessairement les pratiques de normalisation *directe* du vivant. En revanche, elle ne prohibe pas les pratiques réalisées avec le consentement de l'individu. Plus encore, elle encourage les États à développer des recherches destinées à identifier, prévenir et traiter les maladies génétiques et endémiques³⁵⁵⁵, c'est-à-dire à améliorer la santé des individus.

1183. Le droit international entend certes protéger le génome contre d'éventuelles modifications mais il ne condamne pas la sélection entre les êtres humains *en tant que telle* dès lors qu'il s'agit d'une pratique *négative* et *indirecte*, c'est-à-dire réalisée avec le consentement de l'individu.

³⁵⁵⁰ Article 13 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine : « *Une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance* ».

³⁵⁵¹ Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, Strasbourg, 27 novembre 2008.

³⁵⁵² Préambule du Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 12 janvier 1998.

³⁵⁵³ FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine, op. cit.*, p. 9.

³⁵⁵⁴ Article 5 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997.

³⁵⁵⁵ Article 17 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997.

II. Une interdiction limitée en droit français et allemand

1184. De la même manière, en France et en Allemagne, toutes les formes de sélection entre les êtres humains ne sont pas interdites. Seules les techniques susceptibles d'être assimilées à des pratiques nazies sont prohibées, à l'instar des pratiques *positives* de sélection et de la normalisation *directe* de la vie (A) comme le confirment, dans des registres différents, les juges français et allemands (B).

A. Une interdiction législative limitée

1185. En France, l'eugénisme est à titre principal prohibé par l'article 16-4 du Code civil qui dispose que

« nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.

Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.

Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.

Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».

1186. L'alinéa 2 interdit ainsi la sélection des personnes, l'alinéa 3 le clonage reproductif et l'alinéa 4 la transformation des caractères génétiques d'une personne visant à modifier sa descendance. Par ailleurs, le Code pénal prévoit depuis 2004 un chapitre relatif aux crimes d'eugénisme et de clonage reproductif qui incrimine l'eugénisme³⁵⁵⁶, le clonage³⁵⁵⁷, et sa provocation³⁵⁵⁸. À première vue, l'eugénisme est donc de manière générale interdit en droit français. En ce sens, l'interdiction énoncée à l'article 16-4 du Code civil est considérée comme « *sans appel* » en France³⁵⁵⁹ et l'eugénisme est présenté, lors des débats parlementaires sur les lois bioéthiques³⁵⁶⁰, « *comme un danger inacceptable contre lequel nous devons protéger de la façon la plus claire l'espèce humaine* »³⁵⁶¹.

³⁵⁵⁶ Article 214-1 CP.

³⁵⁵⁷ Article 511-1 CP.

³⁵⁵⁸ Article 511-1- 2 CP.

³⁵⁵⁹ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, op. cit., p. 241.

³⁵⁶⁰ Voir, en ce sens, MEHL D. « L'élaboration des lois bioéthiques », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, op. cit., p. 54 ; TAGUIEFF P.A., « Sur l'eugénisme : du fantasme au débat », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 23 ; voir également HABERMAS J., *L'avenir de la nature humaine, vers un eugénisme libéral*, op. cit., p. 33.

³⁵⁶¹ Sénat, 13 janvier 1994, Jean Pierre Foucade, p. 111 : « *Il faut absolument éviter le dérapiage vers l'eugénisme* » ; AN séance 3 du 20 novembre 1992, Dominique Robert, p. 5818 ; AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean-François Mattéi, p. 5733 ; Sénat, 13 janvier 1994, Pierre Laffite, p. 109 ; Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 115 ; Sénat, 13 janvier 1994, Claude Huriet, p. 130 ; Sénat, 14 janvier 1994, Philippe Douste Blazy, p. 157.

1187. Cependant, une analyse approfondie des alinéas 1, 2 et 4 de l'article 16-4 du Code civil permet de montrer que le législateur n'entend condamner que les pratiques eugéniques radicales³⁵⁶².

1188. En ce qui concerne tout d'abord l'alinéa 1 - « *nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine* » - il prévoit *prima facie* une forte protection contre l'eugénisme. Il entend en effet protéger le patrimoine génétique de l'humanité contre des modifications susceptibles d'altérer le génome des individus. Il interdit notamment le clonage³⁵⁶³. Cependant, la loi ne définit pas les termes de l'infraction. La notion d'*espèce humaine* n'est pas définie. Ainsi, malgré des tentatives doctrinales pour déterminer son statut³⁵⁶⁴, force est de constater qu'« *au bout du compte, le législateur français n'a pas voulu, selon son habitude en matière de bioéthique, faire référence aux qualifications juridiques [et qu'] on parle de l'espèce humaine sans savoir ce que c'est* »³⁵⁶⁵. En définitive, l'incrimination est avant tout « *symbolique* »³⁵⁶⁶ puisqu'il n'est pas facile d'identifier les pratiques susceptibles de tomber sous le coup de cette interdiction³⁵⁶⁷.

1189. En ce qui concerne l'alinéa 2, il affirme avec force « *l'interdiction de toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes* »³⁵⁶⁸. Une telle formulation suggère que le droit français prohibe toutes les mesures de sélection entre les êtres humains. La portée de cette interdiction est cependant moindre, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, le mot *pratique* suppose un comportement répété, une manière habituelle d'agir³⁵⁶⁹. Or il n'est pas précisé à partir de quand un comportement est susceptible d'être qualifié de « *pratique* »³⁵⁷⁰. À première vue, la décision d'interrompre une grossesse après un diagnostic prénatal ne saurait être qualifiée de comportement répété, fût-elle réitérée par la même femme à l'occasion d'une autre grossesse. En second lieu, l'alinéa 2 n'interdit pas la sélection des personnes mais l'*organisation* de cette sélection. C'est donc la mise en place d'un programme eugénique collectif, *a fortiori* étatique, qui est prohibée. En ce sens, la commission des lois a proposé en 1994 « *de retenir cette formulation qui répond tout à fait à son souci de définir l'eugénisme comme la répétition d'actes de sélection dans un cadre organisé* »³⁵⁷¹. De la même manière, l'article 214-1 du Code pénal n'interdit que les pratiques eugéniques collectives et

³⁵⁶² En ce sens, BINET J.R., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 141.

³⁵⁶³ L'alinéa 3 précise et renforce par la suite cette interdiction. Voir en ce sens, ÉGÉA P., « La condition fœtale entre procréation et embryologie », *RDSS*, 2005, p. 232.

³⁵⁶⁴ VIRIOT-BARRIAL D., « Dignité de la personne humaine », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2016.

³⁵⁶⁵ LABBÉE X., « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *Dalloz*, 1999, p. 437.

³⁵⁶⁶ VIRIOT-BARRIAL D., « Dignité de la personne humaine », *Répertoire Dalloz*, 2014.

³⁵⁶⁷ PEIS-HITIER M.P., « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *Dalloz*, 2005, p. 865.

³⁵⁶⁸ Article 16-4 alinéa 2 du Code civil.

³⁵⁶⁹ Définition du dictionnaire CNRTL pour « pratique ».

³⁵⁷⁰ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit, op. cit.*, p. 253.

³⁵⁷¹ CABANEL G., *Rapport relatif au respect du corps humain*, n° 398, 1994, p. 26.

radicales³⁵⁷². Dès lors, « *ce qui est prohibé, c'est la mise en œuvre d'un programme eugénique [...] La vision de l'eugénisme est réduite à son aspect collectif* »³⁵⁷³.

1190. En ce qui concerne ensuite l'alinéa 4, il dispose que « *sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* ». Cette affirmation connaît des limites. Elle est notamment limitée par la réserve exprimée au début de l'alinéa 4 quant aux recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques. Il ressort en effet clairement de l'alinéa 4 que l'interdiction de transformer les caractéristiques génétiques d'un être humain dans le but de modifier sa descendance n'implique pas de renoncer aux recherches tendant à prévenir ou à traiter des maladies génétiques. Cela signifie-t-il alors que, dans le cadre d'une telle recherche, il est possible de modifier les caractères génétiques d'une personne dans le but de modifier sa descendance ? Le droit positif ne tranche pas clairement cette question³⁵⁷⁴.

1191. Ces différentes lacunes juridiques peuvent être considérées comme volontaires, en particulier en ce qui concerne l'article 16-4 alinéa 2³⁵⁷⁵. En effet, la lecture des débats parlementaires confirme que la formulation de cet alinéa a été longuement réfléchie. Les propositions tendant à préciser la portée de l'interdiction de l'eugénisme sont rejetées. Par exemple, la proposition de Christine BOUTIN, qui suggère d'interdire « *toute pratique conduisant à la sélection entre les êtres humains* »³⁵⁷⁶, est rejetée. De même, la proposition qui entend interdire « *tout agissement conduisant à des pratiques eugéniques* »³⁵⁷⁷ est refusée. La version votée en première lecture par l'Assemblée nationale, qui définissait les pratiques eugéniques comme « *la sélection des gènes, du sexe ou des caractères physiques ou raciaux* », n'est pas non plus acceptée³⁵⁷⁸. Ces propositions sont écartées car elles tendent à interdire la sélection des personnes, et non pas uniquement son *organisation*. Ainsi, elles ne visent pas que l'interdiction de l'eugénisme collectif et radical. Partant,

³⁵⁷² Voir notamment, SEUVIC J.F., « Crimes contre l'espèce humaine, eugénisme, clonage reproductif, infractions complémentaires, article 214-1 à 215-4 du Code pénal », *RSC*, 2004, p. 912.

³⁵⁷³ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit, op. cit.*, p. 252 ; voir également, VERSPIEREN P., « Vers un eugénisme légal ? », *Études*, 2011/4, tome 414.

³⁵⁷⁴ De plus, l'étendue des débats doctrinaux sur la légalité de la thérapie génique germinale met en lumière l'absence de clarté de l'article 16-4 du Code civil. Voir notamment, MATHIEU B., « L'appréhension de l'eugénisme par le droit. Entre réglementation et interdiction », Communication au colloque international « *L'eugénisme après 1945, forme nouvelle d'une doctrine périmée* », p. 16 ; ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse, Bordeaux, 1994, p. 190 ; BELLIVIER, F., *Le patrimoine génétique humain : étude juridique, op. cit.*, p. 79.

³⁵⁷⁵ En ce qui concerne, la seconde limite, contra : BELLIVIER F., *Le patrimoine génétique humain : étude juridique, op. cit.*, p. 79. L'auteur estime que ce tempérament est « *étranger à la volonté du législateur* ».

³⁵⁷⁶ Amendement n° 51 présenté par Christine Boutin : AN, séance 1 du 19 avril 1994, p. 924.

³⁵⁷⁷ Il s'agit de la formulation retenue par le Sénat : AN, séance 1 du 19 avril 1994, p. 923.

³⁵⁷⁸ CABANEL G., *Rapport relatif au respect du corps humain, op. cit.*, p. 26.

« les parlementaires sont tous d'accord sur le fait que l'eugénisme est l'un des points essentiels de l'ensemble des textes sur l'éthique biomédicale. Mais lorsqu'on s'intéresse de plus près à ces débats, on ne peut que constater un sentiment d'inquiétude, de crainte, de gêne. Les députés et les sénateurs pèsent leurs mots lourdement avant de les prononcer. Un certain malaise entoure la question de l'eugénisme [car] on ne veut surtout pas d'eugénisme, mais on ne veut pas non plus entraver les progrès des recherches biomédicales »³⁵⁷⁹.

1192. *A contrario*, la formulation retenue pour l'article 16-4 se contente, elle, d'interdire l'eugénisme collectif radical.

1193. En Allemagne, il n'existe pas de principe d'interdiction légale similaire à l'article 16-4 du Code civil français. Cependant, l'article 1 de la Loi fondamentale³⁵⁸⁰ est unanimement interprété comme interdisant toutes les formes de sélection qui tendraient à nier la personne humaine³⁵⁸¹. L'eugénisme étant considéré par les parlementaires des années 1990 comme « *un concept de vie sans valeur qui exclut certaines vies avant leur naissance car on aura dit qu'elles n'avaient pas de valeur* »³⁵⁸² participant précisément à une négation de la personne, toute forme de sélection *forcée* - de normalisation directe de *zoe* - est contraire à l'article 1 de la LF. En tout état de cause, toute pratique médicale réalisée par la contrainte est contraire au §630d du Code civil allemand³⁵⁸³, du §228 du Code pénal et à l'article 2 LF³⁵⁸⁴. Ces dispositions conditionnent en effet la réalisation d'un acte médical au recueil du consentement du patient³⁵⁸⁵. En parallèle, la loi de 1990 sur la protection de l'embryon prohibe la sélection anténatale sur le critère du sexe³⁵⁸⁶ sauf si cela empêche la transmission d'une grave maladie. Elle maintient également une prohibition de principe du DPI³⁵⁸⁷. Elle pénalise la modification artificielle des cellules germinales humaines³⁵⁸⁸, le clonage³⁵⁸⁹, la création de chimères et d'hybrides³⁵⁹⁰. De manière générale, la loi prohibe toutes les manipulations qui n'auraient pas pour unique but la survenance d'une grossesse, le §2 de la loi disposant que « *celui qui vend un embryon humain créé extra-corporellement ou un embryon humain prélevé avant son implantation dans l'utérus de la femme ; ou qui le donne, l'acquiert ou l'utilise à des fins qui ne sont pas celles de*

³⁵⁷⁹ BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit, op. cit.*, p. 241.

³⁵⁸⁰ Article 1 LF : « *La dignité humaine est inaliénable* ».

³⁵⁸¹ SACHS M., *Grundgesetz Kommentar*, Article 1, Rn, 21, 4^{ème} édition, 2007, p. 83 et suivantes ; SCHMIDT-BLEIBTREU B., HOFMAN H., HOPFAUF A., *Grundgesetz Kommentar*, Article 1, Rn 7, 12^{ème} édition, 2011, p. 114 et suivantes.

³⁵⁸² BT, 230^{ème} séance, 24 octobre, 1990, Häfner, p. 18218 ; BT, 230^{ème} séance, 24 octobre, 1990, Schmidt, p. 18213. Voir aussi, la proposition parlementaire : Chancen und Risiken der Anwendung neuer Methoden der Künstlichen Befruchtung und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen, Drucksache 11/1662, 18 janvier 1988.

³⁵⁸³ §630d BGB : « *Avant la réalisation d'un acte médical, en particulier lorsqu'il s'agit d'une atteinte à la santé ou au corps, la personne en charge est obligée de recueillir le consentement du patient* ». Voir aussi les §8 des Codes de déontologie des Länder.

³⁵⁸⁴ En ce sens, SACHS M., *Grundgesetz Kommentar*, Article 2, Rn 206, *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁸⁵ *Ibid.*

³⁵⁸⁶ §3 EschG.

³⁵⁸⁷ §3a EschG.

³⁵⁸⁸ §5 EschG.

³⁵⁸⁹ §6 EschG.

³⁵⁹⁰ §7 EschG.

sa survie, est puni d'une peine allant jusqu'à trois ans de prison ou d'une amende»³⁵⁹¹. La loi prévoit ainsi l'interdiction d'un certain nombre de pratiques susceptibles de relever de l'eugénisme.

1194. Cela étant, comme en France, les pratiques prohibées ne relèvent que de l'eugénisme *positif* et non de l'eugénisme négatif. En outre, aucune disposition légale n'interdit explicitement l'eugénisme individuel ; seule la normalisation *directe* de la vie est interdite par l'article 1 de la LF et les dispositions relatives au recueil du consentement.

1195. En Allemagne et en France, toutes les formes d'eugénisme - de normalisation de la vie à l'aune de certains critères génétiques - ne sont ainsi pas prohibées. Dans des formes différentes, deux décisions du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe le confirment.

B. Une interdiction jurisprudentielle limitée

1196. En France, le Conseil constitutionnel juge conformes à la Constitution les lois bioéthiques de 1994 alors même qu'elles prévoient des mesures de sélection anténatale, indiquant par ce biais que toutes les mesures de sélection ne sont pas interdites par le droit (1). En Allemagne, le juge ne s'est jamais expressément prononcé sur les mesures de diagnostic prénatal. Cependant, l'analyse de la décision relative à la pénalisation de l'inceste entre frère et sœur, bien qu'à première vue sans lien direct avec notre propos, nous permet de considérer que le droit allemand ne prohibe pas non plus toutes les formes d'eugénisme négatif ou de normalisation de la vie (2).

1. La jurisprudence française

1197. En 1994, lors de son examen de la constitutionnalité des lois bioéthiques, le Conseil constitutionnel confirme la seule prohibition de l'eugénisme radical par le droit français. En l'espèce, les parlementaires à l'origine de la saisine mettaient en cause la constitutionnalité des pratiques de sélection autorisées par la loi de 1994, le diagnostic prénatal (DPN)³⁵⁹² et le diagnostic préimplantatoire (DPI)³⁵⁹³. Ils faisaient valoir que les dispositions autorisant le recours à ces diagnostics étaient eugéniques et portaient atteinte au patrimoine génétique de l'humanité. Ils demandaient alors au Conseil constitutionnel « *d'affirmer avec éclat que la protection du patrimoine génétique de chaque être humain et de l'humanité dans son ensemble est un principe à valeur constitutionnelle particulièrement*

³⁵⁹¹ §2 EschG.

³⁵⁹² Article 12 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

³⁵⁹³ Article 14 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

nécessaire à notre temps ; ce principe [n'étant] [...] que l'actualisation, face aux dangers que recèlent pour l'homme les nouveaux pouvoirs de la science, du principe général du primat absolu de l'être humain dans notre tradition juridique ». Selon eux, l'intégrité du patrimoine génétique se trouvait menacée par les lois déferées car

« en donnant aux parents qui recourent à la procréation artificielle la possibilité de pratiquer une sélection des embryons - on organise la sélection des meilleurs et on rend possible l'élimination des plus faibles. Le législateur encourage ainsi le fantasme qui hante l'humanité depuis ses débuts, de la sélection de l'espèce, pour aller vers une "humanité supérieure" ; le plus grave étant que cette sélection se fera dans des laboratoires publics placés sous le contrôle de l'État. Le juge constitutionnel doit donc interdire avec force cette dérive vers un "engénisme" doux. Il ne peut donc qu'annuler toutes les dispositions qui concernent la conservation et la sélection des embryons dans la section consacrée à la procréation médicalement assistée »³⁵⁹⁴.

1198. Cependant, le Conseil constitutionnel ne juge pas le DPN et le DPI inconstitutionnels par principe. Il estime que *« s'agissant de la sélection des embryons, il n'existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition, ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité »³⁵⁹⁵*. À la différence du principe de protection de la dignité humaine, la protection du patrimoine génétique de l'humanité n'a donc pas de valeur constitutionnelle. Dans cette décision, le Conseil estime que les lois bioéthiques énoncent un *« ensemble de principes, qui tend à assurer le respect du principe de la dignité de la personne humaine, au nombre desquels figurent l'intégrité de l'espèce humaine »³⁵⁹⁶* mais que la protection du patrimoine génétique n'est pas l'un d'entre eux. Le Conseil constitutionnel distingue donc entre le patrimoine génétique de l'humanité et l'intégrité de l'espèce humaine. Par ce biais, il peut à la fois valider les dispositions législatives qui interdisent les pratiques attentatoires à l'intégrité de l'espèce humaine (telles que le clonage) et celles qui, au contraire, autorisent une atteinte au patrimoine génétique de l'humanité (telles que le DPN)³⁵⁹⁷. Certains auteurs, et notamment Bernard EDELMAN, considèrent que cette interprétation est facilitée par la rédaction ambiguë de l'article 16-4 du Code civil et ainsi que *« cette interprétation de la loi pourrait s'autoriser de la formulation équivoque de l'article 16-4 alinéa 2 du Code civil »³⁵⁹⁸*. En effet, le Conseil constitutionnel suit ici l'intention du législateur qui était précisément d'interdire l'eugénisme radical mais non les pratiques susceptibles de relever de l'eugénisme individuel, telles que les techniques de sélection anténatale³⁵⁹⁹. Ces auteurs considèrent alors que le Conseil constitutionnel, en autorisant des pratiques susceptibles de porter atteinte à la vie anténatale, opte

³⁵⁹⁴ Conseil constitutionnel, DC n° 94-343/344, 27 juillet 1994, arguments de la saisine.

³⁵⁹⁵ *Ibid.*

³⁵⁹⁶ *Ibid.*, considérant 18.

³⁵⁹⁷ EDELMAN B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *Dalloz*, 1995, p. 205.

³⁵⁹⁸ *Ibid.*

³⁵⁹⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

pour une interprétation « favorisant la science au détriment de l'individu »³⁶⁰⁰. Cependant, cette décision reflète peut-être davantage une tendance générale du Conseil à la réserve qu'un positionnement idéologiquement scientifique. En effet, à bien y regarder, « le Conseil n'a pas été plus scientifique que la loi »³⁶⁰¹ : dans un premier temps, c'est la loi qui autorise le DPN et le DPI. Cela étant, cette décision indique bien que l'ordre juridique français n'entend pas interdire l'eugénisme en général, c'est-à-dire toutes les formes de sélection visant à améliorer l'espèce humaine.

1199. Une décision de 1998 du Conseil d'État vient également à l'appui de cette hypothèse. Cette décision porte sur la validité de l'arrêté du 23 janvier 1997 qui autorise le remboursement des examens de biochimie portant sur les marqueurs sériques maternels et des caryotypes fœtaux³⁶⁰². En l'espèce, l'association *Choisir la vie*, à l'origine de la saisine, faisait valoir que l'autorisation de cette prise en charge menait à un dépistage systématique de la trisomie 21, contraire à l'article 16-4 du Code civil et au droit à la vie de l'être conçu³⁶⁰³. Cependant, le Conseil d'État rejette le recours, jugeant inopérants ces deux moyens³⁶⁰⁴. Aucun lien n'est ici établi par le juge entre le remboursement de l'amniocentèse et des pratiques de sélection entre les êtres humains. Le juge ne pense pas le dépistage systématique de cette maladie comme entraînant une sélection potentiellement condamnable à l'aune des dispositions du droit positif français : l'article 16-4 du Code civil ne condamne manifestement que l'eugénisme radical³⁶⁰⁵.

1200. Dans un tout autre registre, la décision de la Cour constitutionnelle relative à la constitutionnalité de la pénalisation de l'inceste entre descendants proches tend également à confirmer que l'Allemagne ne prohibe que l'eugénisme radical.

³⁶⁰⁰ EDELMAN B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *op. cit.*, p. 205.

³⁶⁰¹ BELLIVIER F., *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, *op. cit.*, p. 443.

³⁶⁰² Voir aussi, CE, 16 décembre 2016, n° 392557 (le Conseil d'État refuse l'annulation de l'arrêté du 1^{er} juin 2015 sur les bonnes pratiques en matière de DPN et de DPI) ; CE, 25 novembre 2015, n° 370610 (le Conseil d'État refuse l'annulation de l'arrêté du ministre des Affaires sociales et de la Santé du 27 mai 2013 modifiant l'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21) ; CE, 17 novembre 2017, n° 40121 (le Conseil d'État refuse l'annulation du décret n° 2016-545 du 3 mai 2016 relatif à l'évaluation et au contrôle de qualité des examens de diagnostic prénatal et de l'arrêté du 11 mai 2016 modifiant l'arrêté du 23 juin 2009 modifié fixant les règles de bonnes pratiques en matière de DPN).

³⁶⁰³ Article 1^{er} de loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

³⁶⁰⁴ CE, 10 juin 1997, n° 186479, commenté notamment par LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *Mélanges Yvonne Lambert-Fairve et Denis-Clair Lambert*, Dalloz, 2002, p. 270.

³⁶⁰⁵ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

2. La jurisprudence allemande

1201. En Allemagne, le §173 alinéa 2 du Code pénal pénalise l'inceste entre « *descendants biologiques directs* »³⁶⁰⁶ et notamment entre frères et sœurs. Or, en 2008, la question de la constitutionnalité de cette disposition est soumise à la Cour constitutionnelle³⁶⁰⁷. Les requérants contestent l'atteinte à la liberté sexuelle qu'elle engendre ainsi que son potentiel eugénique. Cette mesure est effectivement susceptible de relever de l'eugénisme négatif puisqu'elle entend empêcher la naissance d'enfants consanguins, c'est-à-dire la survenance de certaines vies, par une interdiction à procréer afin d'améliorer la santé de la population. Le juge constitutionnel ne considère toutefois pas problématique le potentiel eugénique de cette disposition. Il souligne que « *le législateur s'est ici appuyé sur des considérations eugéniques en considérant que les enfants qui naissent d'un rapport sexuel incestueux risquent d'avoir de plus grandes anomalies en raison du risque accru d'accumulation de gènes récessifs* »³⁶⁰⁸. S'appuyant sur les motifs du projet de loi de l'époque³⁶⁰⁹, le juge souligne qu'il « *est nécessaire de prendre en compte l'aspect eugénique de la question pour comprendre pourquoi le droit pénal se limite à pénaliser ce type de rapports sexuels et ne l'étend pas aux autres comportements sexuels* »³⁶¹⁰. Le juge se rallie ici à l'argumentaire du législateur. La Cour constitutionnelle estime que l'interdiction d'entretenir des rapports sexuels entre frères et sœurs n'est pas une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle. Selon la Cour, « *le fait que de tels arguments aient pu par le passé conduire à des abus et mener à la privation des droits des personnes handicapées ou malades ne saurait être un argument utilement invoqué* »³⁶¹¹. Pour la Cour, cette interdiction permet notamment de limiter la naissance d'enfants potentiellement handicapés³⁶¹². Une entrave à la liberté procréative est donc ici justifiée par la protection du patrimoine génétique des générations à venir, c'est-à-dire par un objectif eugénique³⁶¹³.

1202. Cette décision, jugée conventionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme³⁶¹⁴ fait toutefois l'objet de critiques³⁶¹⁵. L'opinion dissidente du juge HASSEMER conteste notamment la

³⁶⁰⁶ §173 II 2 du Code pénal allemand : « (1) celui qui entretient des relations sexuelles avec un descendant biologique direct est passible d'une peine de prison maximum de trois ans ou d'une amende. (2) Celui qui entretient des relations sexuelles avec des parents biologiques en ligne ascendante est passible d'une peine maximum de deux ans ou d'une amende ; cela vaut également même si les liens de parenté n'existent plus. (3) De la même manière les frères et sœurs biologiques seront punis s'ils entretiennent des relations sexuelles (4) les descendants et les frères et sœurs ne peuvent pas être sanctionnés s'ils n'ont pas 18 ans au moment des faits ».

³⁶⁰⁷ BVerfG, 26 février 2008 - BVerfGE 120, 240.

³⁶⁰⁸ BVerfG, 26 février 2008 - BVerfGE 120, 240, §49.

³⁶⁰⁹ Entwurf eines vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts, 4 décembre 1970, BT Drucksache 6/1552.

³⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 17.

³⁶¹¹ BVerfG, 26 février 2008 - BVerfGE 120, 224, §49.

³⁶¹² *Ibid.*, §49 : « Le législateur s'est fondé sur des considérations eugéniques, partant du principe que les enfants qui sont nés d'une relation incestueuse, courent le risque d'une détérioration de leurs gènes en raison de la probabilité plus importante d'associations de gènes récessifs ».

³⁶¹³ BÜHL A., *Auf dem Weg zur biomächtigen Gesellschaft ? Chancen und Risiken der Gentechnik*, op. cit., p. 67. Voir également SCHRAMM E., *Ehe und Familie im Strafrecht*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2011, p. 399.

³⁶¹⁴ CEDH, *Stöbing contre Allemagne*, 12 avril 2012, n° 4354708.

légitimité de l'objectif eugénique. Il estime que des considérations eugéniques ne peuvent pas constituer un « *objectif pénal constitutionnellement valable* »³⁶¹⁶ et que « *la pénalisation d'un comportement sexuel ne peut pas être justifiée par la charge que peut représenter la naissance d'un enfant handicapé pour les tiers, pour la famille ou pour la collectivité car cela tendrait à nier le droit à la vie des enfants handicapés* »³⁶¹⁷.

1203. Toutes les formes d'entrave à la procréation, de sélection, de normalisation ou d'eugénisme ne sont donc pas *per se* contraires à la loi fondamentale. Non seulement toutes les formes d'eugénisme ne sont pas interdites par le droit mais l'analyse cherchera à démontrer que l'eugénisme individuel est même indirectement encouragé par les pouvoirs publics. Par ce biais, les ordres juridiques favorisent la normalisation du vivant à l'aune d'une certaine conception de la normalité physique et mentale ; ils encouragent la naissance de *bios*.

³⁶¹⁵ Voir notamment, GRECO L., « Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung », *ZIS*, 5/2008, p. 234.

³⁶¹⁶ BVerfG, 26 février 2008 - BVerfGE 120, 240, opinion dissidente du juge Hassemer, §82.

³⁶¹⁷ *Ibid.*, §84.

Section 2. L'autorisation de l'eugénisme individuel ou de la normalisation indirecte de la vie

1204. Actuellement, en France et en Allemagne, certaines formes de sélection entre les êtres humains sont autorisées par le droit interne, le droit international ne prohibant pas explicitement toutes les pratiques susceptibles d'organiser une sélection entre les personnes³⁶¹⁸. Le tri des donneurs de gamètes³⁶¹⁹, les diagnostics prénatals, tels que les DPN ou les DPI ou les thérapies géniques, permettent tous, dans une certaine mesure, différentes formes de *sélection*³⁶²⁰. Dans le domaine de la procréation, les diagnostics prénatals et préimplantatoires permettent notamment de ne pas *faire vivre* les vies qui ne correspondent pas à certaines caractéristiques de la *vie bonne*. Cependant, ces pratiques ne sauraient être assimilées à des mesures eugéniques : non seulement les ordres juridiques les encadrent strictement afin d'éviter toute dérive mais, qui plus est, il s'agit en effet de pratiques voulues et consenties par les individus. Ces pratiques relèveraient donc de l'orthogénie. L'encadrement strict de la pratique et le principe de *libre choix* mis en place par les ordres juridiques garantiraient alors la protection de la vie nue contre sa normalisation *directe* (**sous-section 1**). Cependant, les ordres juridiques français et allemand ne se contentent pas d'autoriser à de strictes conditions ces pratiques, ils les *encouragent*. Or, si de telles pratiques sont encouragées par l'État, peut-il alors ne s'agir que d'orthogénie ? Le Conseil d'État fournit une réponse négative à cette question, considérant en 2004 que l'eugénisme peut être « *le résultat collectif d'une somme de décisions individuelles convergentes prises par les futurs parents, dans une société où primerait la recherche de l'enfant parfait, ou du moins indemne de nombreuses affections graves* »³⁶²¹. Par conséquent, même si aujourd'hui les pratiques de sélection ne sont pas imposées par le droit, elles relèvent toujours d'une forme d'eugénisme : à la fois encouragées par l'État mais librement consenties par les individus, ces pratiques permettent une normalisation *indirecte* de la vie, dont la mise en œuvre est désormais déléguée aux individus (**sous-section 2**).

³⁶¹⁸ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁶¹⁹ Voir, l'arrêté du 25 janvier 2018 fixant les recommandations de bonnes pratiques relatives aux modalités de prescription, de réalisation et de communication des résultats des examens de biologie médicale concourant au diagnostic biologique prénatal.

³⁶²⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁶²¹ CE, *La révision des lois bioéthiques*, *op. cit.*, p. 30.

Sous-section 1. L'encadrement juridique strict de la normalisation indirecte de la vie

1205. En droit de la procréation, les techniques du DPN ou du DPI permettent la suppression de la vie anténatale jugée non conforme à certains critères génétiques. Cependant, les ordres juridiques français et allemand encadrent strictement le recours à ces diagnostics afin d'éviter toute dérive eugénique (I). Ils s'assurent notamment qu'il ne s'agit pas d'eugénisme radical mais d'une sélection *librement consentie* par les individus, expression de leur seule et unique liberté procréative (II).

I. Des pratiques de sélection soumises à un encadrement strict

1206. Afin d'éviter toutes dérives eugéniques, les droits français et allemand encadrent strictement le recours aux techniques de normalisation de *zoe* et notamment au DPN (A) et au DPI (B).

A. L'encadrement strict du recours à l'IMG après un DPN positif

1207. Depuis les années 1970, les ordres juridiques français et allemand autorisent sous conditions les femmes à interrompre leur grossesse si l'embryon *in utero* souffre d'une grave affection. Mais afin d'éviter les dérives eugéniques, les ordres juridiques encadrent strictement cette possibilité (1) ainsi que le recours aux tests prénatals qui permettent le dépistage de l'affection³⁶²² (2).

1. L'encadrement strict de l'IMG

1208. À partir des années 1970, les ordres juridiques français (a) et allemand (b) encadrent strictement l'accès à une IMG afin d'éviter les risques eugéniques qui pourraient découler de sa légalisation.

a. En France

1209. En France, l'article L2213-1 CSP autorise expressément l'interruption *médicale* de grossesse pour indication embryopathique, disposant que

*« 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 »*³⁶²³.

³⁶²² Voir aussi, TISSIER D., *La protection du corps humain*, Paris, Harmattan, 2013, p. 109.

³⁶²³ Article L2213-1 alinéa 1 CSP.

1210. Au regard des alinéas 1 et 3³⁶²⁴ de cet article, l'IMG pour indication embryopathique est possible à cinq conditions : il faut que l'enfant à naître soit atteint *d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ; que l'existence de cette affection soit attestée par deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire d'un centre pluridisciplinaire (CPDPN) ; qu'une équipe médicale ait donné son avis ; qu'un médecin choisi par la femme puisse être associé à la concertation, et qu'un délai de réflexion d'une semaine soit respecté³⁶²⁵. L'autorisation d'IMG pour indication embryopathique est donc conditionnée à l'avis (consultatif) de l'équipe médicale et à l'accord (contraignant) du centre pluridisciplinaire de DPN. En outre, le non-respect de cette procédure peut être sanctionné sur le plan pénal³⁶²⁶ et disciplinaire³⁶²⁷. Ainsi, l'encadrement juridique de l'IMG, de type procédural³⁶²⁸, apparaît à la fois complet et précis.

1211. Cet encadrement est historiquement justifié par le fait que l'IMG pour indication embryopathique ne saurait être une technique à laquelle chacun peut recourir au gré de ses envies. En effet, il s'agit d'un acte létal, fût-il pratiqué *in utero*. Il doit certes être autorisé pour protéger le bien-être psychologique de la femme enceinte³⁶²⁹ et éviter des souffrances à venir pour l'enfant³⁶³⁰ mais l'encadrement doit limiter le risque de dérives eugéniques. Lors des débats parlementaires des années 1970 sur l'avortement, de nombreux opposants craignent en effet que l'autorisation de l'IMG embryopathique ne mène à de telles dérives. Certains déclarent ainsi que « *si l'on veut, en supprimant les handicapés, préserver l'espèce, la collectivité, d'une prétendue dégénérescence génétique, avec le souci d'épargner à la société des charges économiques et sociales jugées insupportables, il s'agit alors d'eugénisme* »³⁶³¹. Les

³⁶²⁴ Article L2213-1 alinéa 3 CSP : « *Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif 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, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation. Hors urgence médicale, la femme se voit proposer un délai de réflexion d'au moins une semaine avant de décider d'interrompre ou de poursuivre sa grossesse* ».

³⁶²⁵ Article 26 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

³⁶²⁶ Article L2222-3 CSP : « *Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

³⁶²⁷ Voir en ce sens, CE, 8 février 1980, n° 13957 : « *Considérant qu'il ressort des pièces soumises à la section disciplinaire et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que le docteur Maugard, avant de pratiquer une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique le 6 août 1976, ne s'est pas concerté avec un médecin inscrit sur une liste d'experts et n'a pas procédé à la rédaction d'une consultation dont l'un des exemplaires aurait dû être remis à l'intéressée ; que ces faits, alors que la nécessité invoquée par l'intéressé de pratiquer une telle intervention médicale ne constitue pas une excuse même si la caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde a procédé au remboursement de cet acte sont constitutifs d'une faute de nature à justifier l'application d'une sanction disciplinaire* ».

³⁶²⁸ BELLIVIER F., BRUNET L., « Évolution des catégories normatives de jugement de la vie et droit de la bioéthique », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, op. cit., p. 192.

³⁶²⁹ AN, séance 1 du 27 novembre 1974, Gilbert Millet, p. 7093 ; AN, séance 3 du 27 novembre 1974, Robert Boulin, p. 7119 ; AN, séance 3 du 27 novembre 1974, Maurice Georges, p. 7126 ; AN, séance 3 du 27 novembre 1974, Jean Riquin, p. 7141 ; AN, séance 1 du 19 novembre 1992, ministre de la Santé, p. 5731.

³⁶³⁰ Voir notamment, CCNE, Avis n° 107, *Les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI)*, 15 octobre 2009, §12.

³⁶³¹ Sénat, 13 décembre 1994, Hubert d'Ardivigne, p. 2901 ; AN, séance 2 du 19 décembre 1974, Albet Liogier, p. 8126 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Jean Desanlis, p. 7021 ; AN, séance 2 du 26 novembre 1974, Alexandre Bolo, p. 7022 ; AN,

porteurs du projet affirment cependant eux aussi vouloir limiter le risque eugénique : « *Il n'est pas question non plus, dans nos esprits, que la libéralisation de l'avortement puisse servir à des fins d'eugénisme* »³⁶³². C'est la raison pour laquelle ils souhaitent notamment l'intervention d'un CPDPN.

1212. Il en va de même en Allemagne. La volonté d'éviter des dérives eugéniques y est même affirmée encore plus clairement qu'en France du fait du contexte historique du pays³⁶³³.

b. En Allemagne

1213. En Allemagne, avant 1995, le Code pénal autorise expressément l'IMG pour indication embryopathique, disposant que l'interruption de grossesse n'est pas pénalisée « *s'il existe des raisons sérieuses de penser que l'enfant souffrira avant sa naissance d'une dégradation de son état de santé résultant d'une prédisposition génétique ou d'une influence nocive, qui est d'une telle gravité qu'on ne peut exiger la poursuite de la grossesse* ». Toutefois, lors de la réforme pénale de 1995 visant à libéraliser le régime de l'interruption volontaire de grossesse, le législateur décide de supprimer l'indication fœtale³⁶³⁴. Par ce biais, il entend affirmer que l'ordre juridique se saurait tolérer des pratiques de sélection entre les êtres humains. Ainsi le développement des techniques biomédicales à partir des années 1990 augmente les craintes de dérives eugéniques et pousse le législateur à (ré)affirmer, à l'occasion de la réécriture de la loi sur l'IVG, « *les limites juridiques de l'application* » des nouvelles méthodes d'AMP et de technologies génétiques « *chez les êtres humains. Un point fondamental de ce projet de loi est de remédier, en amont, aux problèmes de la manipulation de la vie humaine* »³⁶³⁵. Le législateur supprime donc l'indication embryopathique afin « *de signifier que le handicap de l'enfant en tant que tel ne peut pas mener à une réduction de la protection de la vie* »³⁶³⁶.

séance 2 du 27 novembre 1974, Pierre Bas, p. 7122 ; AN, séance 2 du 28 novembre 1974, Albert Liogier, p. 7184. Voir également, MÉMETEAU G., « L'embryon législatif », *op. cit.*, p. 360 : « *IVG eugénique* ».

³⁶³² AN, séance 3 du 27 novembre 1974, Hélène Constans, p. 7139 ; « *Il n'est pas question non plus, dans nos esprits, que la libéralisation de l'avortement puisse servir à des fins d'eugénismes* » ; AN, séance 2 du 28 novembre 1974, Guy Cabanel, p. 7191 : « *Si nous voulons voir rejeter les accusations exagérées d'euthanasie et d'eugénisme totalitaire, il faut que le texte ait plus de rigueur [...]* » ; AN, séance 3 du 27 novembre 1974, Pierre Joxe, p. 7143.

³⁶³³ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁶³⁴ Voir la loi : Schwangeren und Familienhilfeänderungsgesetz - loi d'aide aux femmes enceintes et à la famille, 21 août 1995, Bundesgesetzblatt Teil I, n° 44, 25 août 1995.

³⁶³⁵ Voir les motifs du projet de loi relatif à la protection de l'embryon : Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, 25 octobre 1989, BT Drucksache 11/5460.

³⁶³⁶ Voir le rapport de la commission pour la famille, les personnes âgées, les femmes et les jeunes, qui rassemblent notamment toutes les propositions de loi sur l'encadrement de l'AMP : Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 28 juin 1995, BT Drucksache 13/1850, p. 26.

1214. Cependant, dans les faits, l'indication fœtale ne disparaît pas³⁶³⁷. En effet, les médecins subsument cette indication dans celle, plus générale, d'indication thérapeutique³⁶³⁸. Ils considèrent que la découverte d'une affection d'une particulière gravité peut constituer un grand traumatisme pour la femme enceinte ; un choc psychique qui justifie une IMG pour indication maternelle³⁶³⁹. Par conséquent, comme l'indique une déclaration de la Chambre fédérale des médecins, « *l'indication fœtale est aujourd'hui intégrée à l'indication médicale* »³⁶⁴⁰. Sur le plan symbolique, la suppression de l'embryon n'est toutefois plus le *but* direct et explicite de la manœuvre. Elle est la *conséquence* de la protection de la santé (psychique) de la femme enceinte³⁶⁴¹. Lorsque la protection de sa santé doit être protégée par le biais d'une IMG, la procédure est la suivante³⁶⁴² : tout d'abord, lors d'une consultation spécifique, le médecin constate par écrit la présence de l'anomalie fœtale susceptible de servir de fondement à la qualification de l'indication maternelle d'IMG. Il doit, avant la rédaction de l'indication, informer la femme enceinte des aspects médicaux et psychiques d'une interruption de grossesse et de son droit à une consultation psycho-sociale³⁶⁴³. L'indication ne peut être constatée et rédigée qu'après l'écoulement d'un délai de trois jours qui court à partir du diagnostic ou de la consultation³⁶⁴⁴. Par ailleurs, dans sa version de 1998, la directive de la chambre des médecins précise, à propos de l'IMG, que « *celle-ci ne devrait être mise en œuvre qu'à titre tout à fait exceptionnel* »³⁶⁴⁵.

³⁶³⁷ Elle tend au contraire à étendre le constat d'indications. Voir sur cette question LÜBBE W., « Pränatale und Präimplantative Selektion als Diskriminierungsproblem ? », *MedR*, 2003, p. 148 ; BECKMANN R., « Der "Wegfall" der embryopathischen Indikation », *MedR*, 1998, p. 155.

³⁶³⁸ §218a, alinéa 2 : « *L'interruption d'une grossesse pratiquée par un médecin avec le consentement de la femme enceinte n'est pas illégale si l'interruption est, au regard des circonstances présentes et futures de vie de la femme enceinte, indiquée par un médecin, pour éviter une atteinte à la vie ou une grave atteinte à la santé physique ou psychique de la femme enceinte et que cette atteinte qui ne saurait être évitée par un autre moyen raisonnable* »

³⁶³⁹ §218 a alinéa 2 du Code pénal allemand.

³⁶⁴⁰ BÄK, *Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch*, Deutsches Ärzteblatt, 95, Heft 47, 20 novembre 1998, p. 73 : « *En 1995, il y a une subsumption de facto de l'ancienne indication embryopathique au sein de l'indication médicale du §218a II* ». Voir également BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitsposition*, *op. cit.*, A-3241 : « *Si le diagnostic prénatal confirme les doutes jusqu'alors émis quant à l'existence d'une maladie ou d'un handicap de l'enfant, la femme enceinte décide alors si elle souhaite interrompre sa grossesse* » ; « *si le DPN confirme l'existence d'une maladie ou d'un handicap, la femme enceinte décide si elle souhaite utiliser la possibilité qui lui est ouverte d'une interruption de grossesse* ».

³⁶⁴¹ *Ibid.*

³⁶⁴² Article 2a SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

³⁶⁴³ Article 2a alinéa 2 SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992 : « *Le médecin, qui en vertu du §218b alinéa 1 doit décider par écrit de l'existence des conditions posées par le §218a alinéa 2, doit, avant son indication écrite, conformément au §218b alinéa 1 du Code pénal, informer la femme enceinte des aspects médicaux et psychiques d'une interruption de grossesse, de l'existence d'une consultation psycho-sociale en vertu du §2, et avec l'accord de la femme enceinte, la mettre en contact avec un centre de consultation en vertu du §3, dès lors qu'elle n'a pas déjà eu lieu au regard de l'alinéa 1* ».

³⁶⁴⁴ Article 2a SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992 : « *Le constat écrit de l'indication ne doit pas être réalisé dans les trois jours qui suivent l'annonce du diagnostic en vertu de l'alinéa 1 ou qui suivent la consultation en vertu de la phrase 1. Cela ne vaut pas lorsque la grossesse doit être interrompue pour sauver la santé ou la vie de la femme enceinte d'un grave danger* ».

³⁶⁴⁵ BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitsposition*, *op. cit.*, qui renvoie à BÄK, *Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch*, *op. cit.*, p. 73.

1215. Le régime juridique de l'IMG est donc lui aussi assez strict, à l'instar de l'encadrement des DPN. Le but est, là aussi, de lutter contre leurs potentiels effets eugéniques.

2. L'encadrement strict du DPN

1216. L'évolution des tests prénatals permet de détecter *in utero* toujours davantage d'anomalies. En effet, avec le développement de l'imagerie médicale, le champ d'action du DPN s'élargit rapidement. Cet élargissement permet alors d'améliorer la médecine prénatale, c'est-à-dire le traitement *in utero* de certaines affections³⁶⁴⁶ et le suivi de la grossesse et de l'accouchement³⁶⁴⁷. L'objectif premier du DPN est donc en principe d'assurer le bon déroulement de la grossesse et de l'accouchement et d'améliorer la médecine prénatale³⁶⁴⁸. Il améliore aussi la médecine néonatale en permettant, par exemple, une intervention immédiatement après la naissance de l'enfant. Cependant, même si en théorie l'objectif premier du DPN n'est pas de permettre la suppression des embryons « *anormaux* »³⁶⁴⁹, il est indéniable que cette suppression peut être l'une de ses conséquences. La découverte toujours plus précoce d'anomalies potentiellement incurables est susceptible d'augmenter les cas dans lesquels une IMG sera demandée. Craignant, à partir des années 1990, que cela ne mène à des abus, les ordres juridiques français et allemand encadrent donc strictement l'utilisation du DPN, en France (a) et en Allemagne (b).

a. En France

1217. Le législateur décide d'encadrer les diagnostics prénatals dans le cadre des lois bioéthiques de 1994. Le diagnostic prénatal est défini par l'article L2131-1 CSP : « *Le DPN s'entend des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité* ». Cet article prévoit la procédure à suivre. Tout d'abord, « *toute femme enceinte reçoit, lors d'une consultation médicale, une information loyale, claire et adaptée à sa situation sur la possibilité de recourir, à sa demande, à des examens de biologie médicale et d'imagerie permettant d'évaluer le risque*

³⁶⁴⁶ Voir sur ce point, Académie nationale de médecine, *Thérapeutique fœtale*, 3 mai 2016, p. 4.

³⁶⁴⁷ Décret n° 92-143 du 14 février 1992 relatif aux examens obligatoires prénuptial, pré et postnatal : « *Ces examens assurent la bonne santé de la femme enceinte et permettent de prévenir d'éventuelles complications pendant la grossesse et l'accouchement* » ; voir également R2131-1 CSP : « *Les examens de biologie médicale ou d'imagerie permettant d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de la grossesse* ». Pour l'Allemagne, BÄK, *Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, op. cit., p. 3236 : « *La médecine prénatale sert à l'accompagnement de la femme enceinte et de l'enfant à naître. Le diagnostic prénatal est un élément fondamental de la médecine prénatal [...]. Au moment de son introduction, l'intention était de réduire la morbidité et la mortalité infantile, et de clarifier les risques génétiques pour certaines maladies génétiques* ». Voir aussi, VENDITTELI F., JANKY E., « *Suivi clinique et paraclinique d'une grossesse normale* », *Journal de Gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, 2001, n° 30, p. 51.

³⁶⁴⁸ Pour l'Allemagne, BÄK, *Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, op. cit., p. 3236.

³⁶⁴⁹ Décret n° 92-143 du 14 février 1992 relatif aux examens obligatoires prénuptial, pré- et postnatal ; R2131-1 CSP ; BÄK, *Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, op. cit., p. 3236.

que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de sa grossesse »³⁶⁵⁰ (étape 1). L'information porte notamment sur les objectifs, les modalités, les risques, les limites et le caractère non obligatoire de ces examens. Le consentement de la femme enceinte à la réalisation de ces tests est ensuite préalablement recueilli par écrit (étape 2)³⁶⁵¹. Les tests sont ensuite réalisés (étape 3). Puis le médecin « communique les résultats de ces examens à la femme enceinte et lui donne toute l'information nécessaire à leur compréhension »³⁶⁵² (étape 4). En cas de risque avéré, le couple est pris en charge par un médecin et/ou réorienté vers un CPDPN. Les couples reçoivent des informations sur les caractéristiques de l'affection suspectées, les moyens de la détecter, les possibilités de prévention, de soin ou de prise en charge adaptée du fœtus ou de l'enfant né (étape 5)³⁶⁵³. Après avoir été de nouveau informée des objectifs, des modalités, des risques, des limites et du caractère non obligatoire de ces examens dans le cadre d'une consultation adaptée à l'affection dépistée³⁶⁵⁴ (étape 6), la femme peut consentir (étape 7) à la réalisation de nouveaux examens (étape 8). Le législateur prévoit ainsi une procédure très détaillée, précisant *toutes* les étapes à suivre, les personnes compétentes, les informations à donner, les conditions du recueil du consentement, le lieu des examens biomédicaux³⁶⁵⁵ et imposant la surveillance du bon respect de cette procédure par l'Agence de la biomédecine³⁶⁵⁶. L'encadrement des DPN n'échappe donc pas à la logique des lois bioéthiques en matière de médecine reproductive³⁶⁵⁷ puisqu'il s'inscrit dans un cadre administratif rigide et précis, dont le bon respect est contrôlé par des agences sanitaires. L'article 511-20 du Code pénal dispose par ailleurs que « le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 2131-1 du Code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

³⁶⁵⁰ Article L2131-1 alinéa 1 CSP.

³⁶⁵¹ Article L2131-1 alinéa 4 CSP.

³⁶⁵² Article L2131-1 alinéa 2 CSP.

³⁶⁵³ Article L2131-1 alinéa 3 CSP.

³⁶⁵⁴ Article L2131-1 alinéa 4 CSP.

³⁶⁵⁵ Article L2131-1 alinéa 7 CSP : « Les examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal sont pratiqués dans des laboratoires de biologie médicale faisant appel à des praticiens en mesure de prouver leur compétence, autorisés selon les modalités prévues au titre II du livre Ier de la sixième partie et accrédités selon les modalités prévues au chapitre Ier du titre II du livre II de la même partie. Lorsque le laboratoire dépend d'un établissement de santé, l'autorisation est délivrée à cet établissement » ; article L2131-1 alinéa 8 CSP : « La création de centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal, mentionnés au III, dans des organismes et établissements de santé publics et privés d'intérêt collectif est autorisée par l'Agence de la biomédecine ».

³⁶⁵⁶ Article L2131-2 CSP : « Tout établissement ou laboratoire autorisé à pratiquer des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal, tout centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal est tenu de présenter à l'agence régionale de santé et à l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L1418-1 un rapport annuel d'activité suivant des modalités déterminées par arrêté du ministre chargé de la santé ».

³⁶⁵⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

1218. Plus encore, le législateur ne présente pas l'IMG comme l'issue évidente d'un test prénatal dont le résultat révélerait une affection particulièrement grave. En ce sens, l'arrêté du 25 janvier 2018 fixant les recommandations de bonnes pratiques relatives au DPN³⁶⁵⁸ précise que

« les examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal » ne sont « susceptibles [que] de confirmer soit une affection pour laquelle une thérapeutique fœtale est envisageable, soit une affection pour laquelle une prise en charge néonatale spécifique doit être organisée, soit une affection fœtale d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic permettant d'envisager l'interruption médicale de la grossesse »³⁶⁵⁹.

1219. La suppression de la vie n'est donc qu'une des trois issues possibles du DPN.

1220. Qui plus est, le législateur se montre prudent quant à la portée de ces examens. Leurs limites doivent être exposées à la femme et il doit lui être précisé que *« l'absence d'anomalie détectée ne permet pas d'affirmer que le fœtus soit indemne de toute affection et qu'une suspicion d'anomalie peut ne pas être confirmée ultérieurement »*.

1221. Par ailleurs, le médecin n'est en principe pas libre de rechercher n'importe quelle affection. L'arrêté du 25 janvier 2018 précise en effet que

« la prescription d'un examen biologique de DPN est proposée dans les situations où l'embryon ou le fœtus présente un risque avéré d'être atteint d'une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de la grossesse. Ces situations résultent : soit de la présence d'un antécédent familial de maladie génétique ; soit de la découverte d'anomalies lors d'un examen de dépistage biologique ou échographique réalisé pendant la grossesse ; soit de la présence d'autres signes d'appel clinique, échographique ou biologique »³⁶⁶⁰.

1222. En théorie, le DPN ne peut pas non plus être réalisé par n'importe quel moyen. En effet, l'article R2131-1 CSP précise les tests qui peuvent être prescrits par le médecin à la demande de la femme. Le Code de santé publique autorise pour les premiers examens effectués *« les examens de biochimie portant sur les marqueurs sériques maternels ; l'échographie obstétricale et fœtale ; les examens de génétique portant sur l'ADN fœtal libre circulant dans le sang maternel »*. Au titre des examens complémentaires qui peuvent être effectués, il autorise *« les examens de cytogénétique, y compris les examens moléculaires appliqués à la cytogénétique ; les examens de génétique moléculaire ; les examens de biochimie fœtale à visée diagnostique ; les examens en vue du diagnostic de maladies infectieuses ; l'échographie obstétricale et fœtale au sens du 2° du III du présent article ; les autres techniques d'imagerie fœtale à visée diagnostique »³⁶⁶¹*. La liste des examens pouvant être mis en œuvre, bien que conséquente, est donc limitée par la loi.

³⁶⁵⁸ Arrêté du 25 janvier 2018 fixant les recommandations de bonnes pratiques relatives aux modalités de prescription, de réalisation et de communication des résultats des examens de biologie médicale concourant au diagnostic biologique prénatal.

³⁶⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁶⁰ *Ibid.*

³⁶⁶¹ Article R2131-1 CSP.

1223. Il faut toutefois souligner qu'initialement la pratique de ces tests peut être *invasive*, c'est-à-dire provoquer une lésion de l'organisme³⁶⁶² et constitue même un risque vital pour l'embryon³⁶⁶³. L'amniocentèse, par exemple, utilisée pour diagnostiquer la trisomie 21, nécessite le prélèvement du liquide amniotique contenant les cellules fœtales et constitue partant un test invasif, susceptible de porter atteinte au fœtus. Cependant, depuis les années 2010, le développement de tests non invasifs, à l'instar de l'analyse de l'ADN fœtal (qui ne nécessite qu'une simple prise de sang), permet un dépistage plus sûr et moins dangereux de certaines maladies, à l'instar de la trisomie 21. Afin de protéger davantage l'intégrité physique de la femme enceinte et la vie du fœtus³⁶⁶⁴, un décret du 5 mai 2017 inscrit ces tests dans la liste des examens de DPN autorisés. Dans son rapport de 2018 sur la révision de la loi bioéthique, le Conseil d'État souligne qu'« à seuil de risques équivalents », l'analyse de l'ADN fœtal permet, avec une fiabilité de résultats de 99%, de limiter les DPN invasifs³⁶⁶⁵. Ces derniers ne persistent plus que dans 5% des cas. Ils limitent également le nombre de faux-positifs, c'est-à-dire les situations dans lesquelles l'embryon est déclaré dénué d'anomalie alors que tel n'est pas le cas. Selon le Conseil d'État, grâce à l'examen de l'ADN fœtal, environ 20 000 femmes devraient désormais être exemptées des tests invasifs, tels que l'amniocentèse. À première vue, le droit français entend ainsi non seulement encadrer strictement le recours au DPN mais également limiter ses effets nocifs.

1224. À nouveau, la rigueur de cet encadrement apparaît historiquement liée à une volonté de lutter contre les dérives eugéniques. Les propos des parlementaires lors des débats des années 1990 relatifs aux lois bioéthiques l'indiquent :

« Il faut absolument éviter le dérapage vers l'eugénisme »³⁶⁶⁶, que « pour ce qui est de la conciliation du DPN avec le rejet de toute dérive eugénique, le recours à ce diagnostic doit demeurer dans les strictes limites que lui assigne l'objectif de la thérapie [et que] à cet égard, l'interdiction claire de certaines pratiques eugéniques constitue un véritable progrès »³⁶⁶⁷.

1225. Ce sont également, en Allemagne, de telles considérations qui expliquent que l'ordre juridique allemand restreigne lui aussi l'accès au DPN.

³⁶⁶² Définition du dictionnaire Larousse pour « invasif ».

³⁶⁶³ Ces pertes fœtales sont estimées à environ 1%. Voir pour plus de précisions, JOUANNIC J.M., ROSENBLATT J., BENIFLA J.L., « Amniocentèse : le revers de la médaille des tests génétiques », *Médecine de la reproduction, Gynécologie Endocrinologie*, 2010, n° 12, p. 34.

³⁶⁶⁴ Décret n° 2017-808 du 5 mai 2017 relatif à l'introduction dans la liste des examens de diagnostic prénatal des examens de génétique portant sur l'ADN fœtal libre circulant dans le sang maternel.

³⁶⁶⁵ CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 172.

³⁶⁶⁶ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5733 ; Sénat 13 janvier 1994, Pierre Laffite, p. 109 ; Sénat 13 janvier 1994, Jean-Pierre Foucade, p. 111 ; Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 115 : « L'eugénisme n'est-il pas inscrit au cœur même de la FIV ? » ; Sénat, 13 janvier 1994, Claude Huriet, p. 130 ; Sénat, 14 janvier 1994, Douste Blazy, p. 157 ; AN, séance 2 du 15 juin 1994, François Delga, p. 1600.

³⁶⁶⁷ AN, séance 3 du 25 novembre 1992, Jacques Barrot, p. 6054.

b. En Allemagne

1226. En Allemagne, la loi n'encadre pas de manière aussi précise la pratique des tests prénatals qu'en France puisque, de manière générale, l'encadrement du droit de la procréation y est moins détaillé par la loi qu'en France³⁶⁶⁸. Cependant, même si le corpus juridique relatif au DPN est moins étoffé qu'en France, les quelques dispositions qui existent sur la question entendent encadrer strictement l'accès aux DPN. Il est possible d'identifier trois fondements juridiques à l'encadrement du DPN.

1227. Tout d'abord, une directive - non contraignante³⁶⁶⁹ - de la Chambre fédérale des médecins de 1987³⁶⁷⁰, réactualisée en 1998³⁶⁷¹ pose les préceptes de cet encadrement. Le préambule de cette directive précise avant toute chose que le DPN « *ne poursuit aucune finalité eugénique* »³⁶⁷². La directive indique ensuite qu'« *aujourd'hui, le DPN est indiqué dans le cas d'une grossesse à risques et lorsque des troubles dans le développement de l'enfant sont remarqués lors de la prise en charge de la grossesse* »³⁶⁷³. La directive considère ainsi que le recours au DPN ne saurait être systématique³⁶⁷⁴. Selon la directive, le DPN permet avant tout de rassurer la femme enceinte et éventuellement de l'aider à décider des suites de sa grossesse³⁶⁷⁵. En outre, la directive met en lumière l'aspect thérapeutique du DPN, en soulignant les éventuelles possibilités de traitement pour le fœtus dépisté³⁶⁷⁶. Par ailleurs, le texte insiste sur les difficultés éthiques que soulève le DPN lorsque « *la maladie dépistée ne peut pas être soignée [car] il augmente alors le risque que le fœtus soit supprimé* ». En effet, dans ce cas, un « *conflit surgit alors entre d'un côté le souhait des parents d'avoir un enfant en bonne santé et la nécessaire protection de la vie à naître* »³⁶⁷⁷. La directive estime qu'il « *convient alors de décider au cas par cas* ». La directive souligne l'existence d'un droit à la vie du fœtus et, partant, la nécessité d'agir avec prudence. Elle précise ensuite que le DPN

³⁶⁶⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³⁶⁶⁹ Si la directive de 1998 relative à l'AMP avait été dans un premier temps massivement reprise par les Länder dans leur code de déontologie, attribuant à cette directive une valeur contraignante ; tel ne semble pas être le cas de celle relative au DPN.

³⁶⁷⁰ BÄK, *Pränatale Diagnostik*, Deutsche Ärzteblatt, 1987, 84, p. 574.

³⁶⁷¹ Rappelons qu'elle ne devient juridiquement contraignante que si elle est reprise par les directives des chambres des Länder ou par le Berufsordnung (code de déontologique).

³⁶⁷² BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitspositionen*, *op. cit.*, p. 66 : « *Aucune mesure de DPN n'a d'objectif eugénique* ».

³⁶⁷³ *Ibid.*

³⁶⁷⁴ OLG Hamm, 5 septembre 2001, 3 U 229/00 : « *Il n'incombe pas au médecin d'informer la femme enceinte de la possibilité d'une interruption de grossesse. Le diagnostic prénatal n'a pas pour but d'exclure toutes les anomalies fœtales envisageables mais se limite à la reconnaissance des dommages fœtaux les plus graves* ».

³⁶⁷⁵ BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitspositionen*, *op. cit.*, p. 69 : « *Le DPN peut être utile puisqu'il leur permet d'être informés de l'état de santé du fœtus, d'apaiser éventuellement ses inquiétudes, ou d'interrompre sa grossesse* ».

³⁶⁷⁶ *Ibid.* : « *Un DPN doit être considéré comme utile lorsqu'il peut permettre le traitement intra-utérin de l'enfant* ».

³⁶⁷⁷ *Ibid.* p. 68 : « *Le DPN soulève des difficultés éthiques. Au regard de la pluralité des conceptions, il n'existe pas de solution qui serait universellement acceptée par tous les individus* ». Pour une critique de cette mise en concurrence : LAUFS A., « *Artz und Recht - Fortschritte und Aufgaben* », *NJW*, 1998, p. 1750.

n'est pas obligatoire³⁶⁷⁸ et les tests qui peuvent être autorisés dans ce cadre³⁶⁷⁹. La directive insiste sur l'information de la femme. La consultation médicale doit être au cœur de la procédure. Une première consultation doit avoir lieu avant les tests et « *informer des raisons, de l'objectif, des risques et des limites du DPN* ». Si les tests révèlent une maladie ou un trouble du développement, « *la consultation porte sur la signification des résultats, la cause et le pronostic de l'affection trouvée, d'éventuelles complications, d'une thérapie pré ou postnatale, les conséquences sur la naissance, l'alternative de l'IMG et des possibilités de rencontre avec des associations et des personnes elles-mêmes touchées par l'affection* »³⁶⁸⁰. La Chambre fédérale des médecins place donc la consultation au cœur de la procédure, comme en matière d'IVG et de l'AMP³⁶⁸¹. Le texte précise également que la simple découverte d'une anomalie génétique ne doit pas suffire à conseiller, encourager, ou réaliser une IMG même si, dans tous les cas, « *le médecin doit [...] respecter la décision de la femme enceinte* »³⁶⁸². L'encadrement prévu par la directive est ainsi précis et strict, fondé sur l'idée selon laquelle il convient d'agir avec prudence en raison des difficultés éthiques soulevées par le DPN. Il ressort ainsi de la directive qu'il importe de ne pas faire de l'IMG une pratique de sélection systématique afin de lutter contre l'eugénisme³⁶⁸³.

1228. Ensuite, la loi de 1992 sur les conflits de grossesse³⁶⁸⁴ précise que le médecin doit procéder à une consultation spécifique si les tests révèlent que l'enfant est atteint d'une affection susceptible de porter atteinte à la santé physique ou mentale de la femme enceinte³⁶⁸⁵. Cette consultation doit aborder les questions d'ordre médical, physique et social, ainsi que les possibilités de soutien psychologique disponibles pour la femme enceinte³⁶⁸⁶. Le médecin fait savoir à la femme qu'elle a le droit à une autre consultation et, s'il obtient son accord, il peut la mettre en contact avec des groupes de soutien et des associations de personnes handicapées³⁶⁸⁷. Cette disposition souligne, une fois de plus, la centralité du mécanisme de la *consultation* pour l'encadrement de cette pratique. Plus encore, l'IMG n'est pas présentée comme la solution évidente en cas de diagnostic positif.

³⁶⁷⁸ *Ibid* : « La décision de la femme de ne pas pratiquer un DPN doit être respectée par le médecin ».

³⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 66.

³⁶⁸⁰ *Ibid.*

³⁶⁸¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³⁶⁸² BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheitent und Krankheitspositionen*, *op.cit.*, A3238, p. 66.

³⁶⁸³ *Ibid.*

³⁶⁸⁴ Article 2a SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992

³⁶⁸⁵ *Ibid* : « Si les résultats des DPN indiquent que la santé physique ou mentale de l'enfant est endommagée, le médecin qui communique à la patiente le diagnostic doit l'informer des aspects médicaux et psycho-sociaux de ces découvertes, en consultant les médecins spécialisés dans l'affection découverte ».

³⁶⁸⁶ *Ibid* : « La consultation est réalisée dans une forme compréhensible par tous et à résultat ouvert. Elle comprend une discussion détaillée des questions médicales, psychiques et sociales ainsi que de la possibilité d'obtenir un soutien en cas de souffrances physiques ou psychiques ».

³⁶⁸⁷ *Ibid* : « Le médecin doit informer la femme enceinte de son droit à une consultation psycho-sociale approfondie en vertu du §2, et avec l'accord de la femme enceinte, prendre contact avec un centre de consultation et des associations de personnes handicapées en vertu du §3 ».

1229. Enfin, la loi relative aux diagnostics génétiques de 2009³⁶⁸⁸ énonce qu’

*« un examen génétique prénatal ne peut être entrepris qu’à des fins médicales et uniquement en fonction de certaines caractéristiques génétiques précises de l’embryon ou du fœtus qui, au regard des connaissances actuelles de la science et de la technique, porteraient atteinte pendant la grossesse ou après la naissance à sa santé, ou lorsque la prise en charge médicalement de l’embryon ou du fœtus est susceptible d’être influencée par certaines de ses caractéristiques génétiques - et que la femme enceinte a été informée et a consenti »*³⁶⁸⁹.

1230. Par ailleurs, ce paragraphe interdit le dépistage des maladies à déclenchement tardif³⁶⁹⁰. Il limite ainsi les cas dans lesquels un DPN peut être pratiqué. Certains auteurs ont interprété ces limites comme une volonté du législateur de lutter plus efficacement contre les « *dérives eugéniques* »³⁶⁹¹ liées aux évolutions de la biogénétique. En ce sens, le §1 de la loi de 2009 énonce que

*« l’objectif principal de cette loi est de préciser les conditions d’exécution des examens génétiques et des analyses génétiques réalisées au cours de ces examens, ainsi que les conditions d’utilisation des essais et données génétiques, et d’éviter une discrimination fondée sur des caractéristiques génétiques afin de garantir une protection étatique de la dignité individuelle et le droit à l’autodétermination »*³⁶⁹².

1231. Lutter contre les discriminations fondées sur des caractéristiques génétiques, garantir la dignité humaine et le droit à l’autodétermination sont autant d’éléments qui permettent de lutter contre des pratiques eugéniques.

1232. L’encadrement prévu par les ordres juridiques pour l’IMG et le DPN est donc strict, l’objectif étant d’éviter une normalisation systématique de *zoe*. Il en va de même en matière de DPI. Toutefois, des différences plus importantes existent entre les deux pays. En effet, si en France et en Allemagne, le DPI n’est désormais autorisé qu’à de très strictes conditions, l’Allemagne a été longtemps réticente à l’idée de légaliser cette pratique, jugée encore plus risquée en termes de dérives eugéniques que celle du DPN.

B. L’encadrement strict du DPI

1233. Lorsque la technique du diagnostic préimplantatoire se développe, les réactions à son admission se font plus virulentes qu’en matière de DPN, en particulier en Allemagne. L’idée d’une *sélection*, c’est-à-dire d’un tri entre les embryons - et *in fine* entre les êtres humains - susceptible de conduire à la destruction de certaines vies humaines, rappelle de douloureux souvenirs et fait

³⁶⁸⁸ Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (GenDG), 31 juillet 2009.

³⁶⁸⁹ §15 alinéa 1 GenDG - la loi relative aux diagnostics génétiques, 31 juillet 2009.

³⁶⁹⁰ *Ibid* : « un examen génétique prénatal, qui a pour but de constater certaines caractéristiques génétiques de l’embryon ou du fœtus par rapport à une certaine maladie, alors que la maladie n’apparaîtra, au regard des connaissances actuelles de la médecine et de la technique, qu’après les 19 ans de l’enfant, n’a pas le droit d’être entrepris ». Le reste de la disposition (§15 III) précise les règles d’informations et de consentement, notamment lorsque la femme enceinte n’est pas en état de prendre une décision.

³⁶⁹¹ IBELHERR M., AUST M., « Das neue Gendiagnostikgesetz : Experten urteilen zwiespältig über die neue Regelung », *Apoteken Umschau/Gesundheitspro WB*, 31 juillet 2009.

³⁶⁹² §1 GenDG - GenDG - la loi relative aux diagnostics génétiques, 31 juillet 2009.

craindre des risques de dérives accrues³⁶⁹³. De manière générale, en France et en Allemagne, on considère que le risque d'abus est plus important *in vitro* qu'*in utero*³⁶⁹⁴ car la manipulation du vivant et l'accès au patrimoine génétique humain y sont plus faciles³⁶⁹⁵. L'embryon *in vitro* est en effet facilement manipulable, tandis que l'accès à l'embryon *in utero* n'est possible que si la femme enceinte consent à une intervention. De plus, dans le cas d'un DPN, la grossesse a déjà débuté, le couple a déjà prévu la naissance de l'enfant et s'est projeté en tant que parents, de telle sorte qu'il est possible de supposer que la décision d'IMG est plus complexe à prendre que celle de ne pas implanter tel ou tel embryon *in vitro* dans l'utérus de la femme³⁶⁹⁶. Qui plus est, à la différence du DPN, le DPI ne sert pas à assurer le bon suivi ou déroulement de la grossesse et, partant à protéger la santé de la femme. Il n'entend pas non plus assurer l'efficacité des soins pré- ou néonataux³⁶⁹⁷. À la différence du DPN, le DPI a pour *seul* but de permettre une sélection des embryons non porteurs de certains gènes et la suppression des autres. Malgré tout, le DPI est autorisé car il peut éviter aux parents la souffrance engendrée par la naissance d'un enfant gravement handicapé³⁶⁹⁸ et à l'enfant une vie pleine de souffrances³⁶⁹⁹. L'Allemagne refuse toutefois longtemps de l'autoriser. Elle ne l'admet ensuite qu'à de très strictes conditions (2). En France, en raison d'un contexte historique différent, le DPI est admis, dès 1994, même s'il est très strictement encadré (1).

³⁶⁹³ Voir notamment, le rapport de la commission d'éthique : Schlussbericht der Ethikkommission, *Recht und Ethik*, *op. cit.*, p. 27.

³⁶⁹⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

³⁶⁹⁵ Voir notamment, CHARLES B., CLAEYS A., *Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ?*, *op. cit.*, p. 220 ; SCHNEIDER S., « Selektion aufgrund genetischer Diagnostik ? Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik », *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, Berlin, De Gruyter, 2005, p. 330.

³⁶⁹⁶ En France, voir notamment, CHARLES B., CLAEYS A., *Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ?*, *op. cit.*, p. 220 ; en Allemagne, voir notamment, SCHNEIDER S., « Selektion aufgrund genetischer Diagnostik ? Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik », *op. cit.*, p. 330.

³⁶⁹⁷ CHARLES B., CLAEYS A., *Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ?*, *op. cit.*, p. 220.

³⁶⁹⁸ Voir en ce sens, les débats parlementaires français et allemands sur la question du DPI.

³⁶⁹⁹ CCNE, Avis n° 107, *Les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI)*, 15 octobre 2009, §12 : « L'on doit se garder de condamnation hâtive à l'égard du tri embryonnaire [...] l'aspect positif de cette sélection préconceptionnelle [est que] le DPI permet à des couples accablés par un destin maudit de retrouver un projet de grossesse possible alors que leur passé familial ou le handicap sévère d'un premier né les aurait conduits à y renoncer. Ils souffrent à l'idée de transmettre à leur enfant une grave maladie héréditaire et cette souffrance requiert de la société une réponse empreinte d'humanité ».

1. En France

1234. Le diagnostic préimplantatoire est autorisé par la loi depuis 1994³⁷⁰⁰ mais ce n'est qu'en 2011 que le terme apparaît expressément dans le Code de santé publique³⁷⁰¹. Il le définit comme « *le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro* »³⁷⁰². Il comprend le prélèvement de cellules sur l'embryon *in vitro* puis les examens de cytogénétique et de génétique moléculaire sur les cellules prélevées³⁷⁰³. Le texte dispose expressément qu'il n'est autorisé « *qu'à titre exceptionnel* »³⁷⁰⁴, ce qui impose une interprétation restrictive des conditions posées par la loi³⁷⁰⁵. Il ne peut être autorisé à la demande du couple que s'il existe une forte probabilité que le couple transmette « *à l'enfant une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* »³⁷⁰⁶. Seuls des antécédents familiaux et une maladie particulière grave justifient ainsi la mise en œuvre d'un DPI : « *Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie* »³⁷⁰⁷. Cela étant, le législateur assouplit quelque peu le régime au fil des réformes bioéthiques. Alors qu'en 1994, « *le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie* »³⁷⁰⁸, à partir de 2004, le diagnostic peut aussi être autorisé « *lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie* »³⁷⁰⁹. La loi de 2004 ajoute donc une indication supplémentaire à la réalisation du DPI. L'objectif de cette indication est notamment de permettre le recours au DPI « *lorsqu'un couple ou un conjoint appartient à une famille atteinte* »³⁷¹⁰ d'une grave maladie et « *souhaite avoir un enfant indemne tout en ne voulant pas connaître son propre statut génétique* »³⁷¹¹. Dans un tel cas de figure, le couple peut ainsi solliciter un DPI en mettant en avant l'existence, chez l'un de ses ascendants immédiats, d'une

³⁷⁰⁰ L'article 14 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

³⁷⁰¹ Article 21 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

³⁷⁰² Article L2131-4 CSP.

³⁷⁰³ Article R2131-22-2 CSP.

³⁷⁰⁴ Article L2131-4 alinéa 2 CSP.

³⁷⁰⁵ Pour une analyse critique, THOUVENIN D., « De l'éthique biomédicale aux lois bioéthiques », *RTD Civ.*, 1994, p. 733.

³⁷⁰⁶ Article L2131-4 CSP (aujourd'hui).

³⁷⁰⁷ Article L2131-4 alinéa 3 CSP.

³⁷⁰⁸ Article L162-17 CSP (version de 1994).

³⁷⁰⁹ Article L2131-4 alinéa 3 CSP.

³⁷¹⁰ CCNE, Avis n° 72, *Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire*, 4 juillet 2002, p. 1.

³⁷¹¹ *Ibid.*

maladie grave sans avoir à être lui-même diagnostiqué. Par ce biais, son « *droit de ne pas savoir* » est garanti³⁷¹². Un tel cas de figure se retrouve notamment avec la maladie de Huntington car « *sa forte pénétrance aboutit à une conclusion binaire : le risque de survenue de l'affection est nul ou de 100% sous une forme neurologique et psychiatrique, à un âge, inconnu, entre 30 et 60 ans* »³⁷¹³, de sorte que les patients à risque ne souhaitent pas toujours connaître leur diagnostic d'être atteint de cette maladie.

1235. Cependant, malgré une légère libéralisation du DPI, celui-ci reste encore soumis à de strictes indications. En effet, la procédure de DPI est complexe. Elle est composée d'au moins 8 étapes³⁷¹⁴ : le couple doit tout d'abord avoir été admis dans une procédure d'AMP³⁷¹⁵, soit dans le but d'éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité, soit parce qu'il souffre de stérilité *et* qu'il veut éviter la transmission d'une maladie³⁷¹⁶ (étape 1). Le couple doit ensuite formuler une demande de DPI (étape 2). Sa demande est transmise à un CPDPN, qui l'examine (étape 3). Le couple doit alors se rendre à un entretien au terme duquel, le ou les médecins consultés établissent une attestation cosignée par le couple certifiant que ces informations leur ont bien été fournies (étape 4)³⁷¹⁷. À la suite de cet entretien, le CPDPN rend un avis, en énonçant les conditions substantielles relatives à la gravité de la maladie (étape 5)³⁷¹⁸. On peut ici observer de nouveau le rôle central accordé aux CPDPN qui servent de premier filtre. Si l'avis rendu est positif³⁷¹⁹, le CPDPN recueille le consentement des deux membres du couple et rédige une demande d'autorisation, cosignée par le couple et le médecin, qui est ensuite transférée à l'ABM (étape 6)³⁷²⁰. L'ABM procède à un examen de la demande (étape 7) à l'issue duquel elle rend un avis, dans un délai de 4 mois maximum. Si elle rend un avis positif, le consentement du couple est recueilli par écrit pour la réalisation du DPI (étape 8). Le DPI ne peut être réalisé que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'ABM³⁷²¹. En principe, le diagnostic ne peut

³⁷¹² *Ibid*, p. 9.

³⁷¹³ *Ibid*, p. 9.

³⁷¹⁴ Elle est notamment explicitée par le décret n° 98-216 du 24 mars 1998 relatif au diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro et modifiant le Code de la santé publique, qui, selon certains auteurs, « *banalise les différentes modalités et étapes de la mise en œuvre du DPI* », voir notamment BELLIVIER F., BRUNET L., « *Évolution des catégories normatives de jugement de la vie et droit de la bioéthique* », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, op. cit., p. 191.

³⁷¹⁵ Article R2131-22-1 CSP : « *La réalisation d'un diagnostic préimplantatoire mentionné à l'article L2131-4 ne peut intervenir que si le couple remplit les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une assistance médicale à la procréation fixées à l'article L2141-2* ».

³⁷¹⁶ Article L2141-2 CSP.

³⁷¹⁷ Article R2131-26 CSP.

³⁷¹⁸ *Ibid*.

³⁷¹⁹ Article R2131-26 CSP : « *Dans le cas contraire, les motifs en sont précisés par écrit au couple demandeur, au terme d'un entretien avec un ou des médecins de l'équipe pluridisciplinaire. L'Agence de la biomédecine est informée de ces motifs* ».

³⁷²⁰ Article R2131-26 CSP.

³⁷²¹ Article L2131-4 alinéa 7 CSP.

avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et la traiter³⁷²².

1236. Cependant, par dérogation à ce principe, et sous réserve que les possibilités offertes par le prélèvement et la collecte de tissus et de cellules³⁷²³ aient été épuisées, le DPI peut aussi être autorisé afin de faire naître ce que certains nomment un « bébé médicament » ou un « bébé du double espoir »³⁷²⁴ (double DPI ou DPI pour autrui³⁷²⁵). Ainsi, la loi énonce qu'un DPI peut être autorisé³⁷²⁶

« lorsque le couple a donné naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique entraînant la mort dès les premières années de la vie et reconnue comme incurable au moment du diagnostic »³⁷²⁷ et que « le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré, de façon décisive, par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon in utero »³⁷²⁸.

Ce type de diagnostic préimplantatoire sert donc à s'assurer que non seulement l'embryon n'est pas atteint de la même maladie génétique que l'enfant déjà né mais aussi que ses caractéristiques biologiques permettront de soigner son aîné³⁷²⁹. À ce propos, le CCNE souligne dans un avis de 2002 les risques d'instrumentalisation de cette pratique³⁷³⁰ et insiste sur la nécessité « d'une prise de conscience de cette problématique par l'équipe médicale et surtout par la famille »³⁷³¹. Il insiste sur le fait qu'il doit y « avoir avant tout un projet parental effectif »³⁷³² et que l'enfant ne saurait être engendré dans le seul but de servir de thérapie à son aîné. En ce sens, le dernier alinéa de l'article L2141-3 CSP dispose qu'« un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons ». Par conséquent, si la première FIV n'aboutit pas à la création d'un embryon susceptible de soigner la pathologie de l'enfant aîné, le couple ne pourra pas procéder à une nouvelle tentative avant d'avoir procédé au transfert de l'ensemble des autres embryons disponibles. En d'autres termes, il est impossible au couple de procéder à la génération de nouveaux embryons potentiellement compatibles tant que tous les

³⁷²² Article L2131-4 alinéa 6 CSP.

³⁷²³ Article L1241-1 à L1241-7 CSP.

³⁷²⁴ Voir notamment CALLU M.F., « Le “bébé médicament” : histoire et périmètre juridique de l'article L2131-4-1 du Code de la santé publique », *Éthique & Santé*, Vol. 4, mai 2007, p. 95 ; CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Le bébé du double espoir », *Dalloz*, 2011, p.603.

³⁷²⁵ BELLIVIER F., « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », LPA, 18 février 2005, n° 35, p. 10.

³⁷²⁶ Lorsqu'un couple souhaite avoir recours au diagnostic préimplantatoire dans le cadre dérogatoire prévu par l'article L2131-4-1, un ou des médecins de l'équipe du CPDPN procèdent à un ou plusieurs entretiens avec les deux membres du couple. Voir l'article R2131-26 CSP.

³⁷²⁷ Article L2131-4-1 CSP.

³⁷²⁸ Article L2131-4-1 CSP.

³⁷²⁹ Article L2131-4-1 CSP, voir également sur ce point PENNEAU J., « Corps humain (Bioéthique) », *Répertoire de droit pénal et de droit de la procédure pénale*, septembre 2008 (actualisation : mars 2012).

³⁷³⁰ CCNE, Avis n° 72, *Réflexions sur l'extension du diagnostic préimplantatoire*, 4 juillet 2002, p. 6-7.

³⁷³¹ *Ibid.*

³⁷³² *Ibid.*

embryons cryoconservés disponibles n'ont pas été « utilisés ». Cette dernière condition entend limiter les dérives possibles. Cependant, elle nuit également à l'efficacité de la procédure du DPI. Le dernier rapport du Conseil d'État sur les lois bioéthiques s'interroge d'ailleurs sur la pertinence de son maintien, indiquant que le seul hôpital qui pratiquait jusqu'alors de tels DPI a cessé cette activité car elle nécessitait une procédure longue et lourde pour des résultats mitigés, de sorte qu'elle tendait surtout à donner de « *faux espoirs* » aux parents³⁷³³. De plus, elle « *renforçait les risques d'eugénisme* »³⁷³⁴. S'il ne va pas jusqu'à recommander sa suppression, « *tant que des alternatives émergentes, telles que la greffe de sang, de cordon, la thérapie génétique des cellules de moelle* » ne se sont pas développées, il souligne sa faible efficacité. Ce constat indique par la même occasion que les limites posées par la loi sont, elles, efficaces pour lutter contre d'éventuelles dérives.

1237. Le diagnostic préconceptionnel n'est, en revanche, pas autorisé par la loi, même si la question de sa légalisation semble émerger dans le contexte actuel de la nouvelle réforme annoncée des lois bioéthiques. Un diagnostic préconceptionnel permet aux membres d'un couple de déterminer s'ils sont porteurs d'une mutation génétique susceptible d'être responsable d'une maladie grave et incurable et, partant, susceptible de conduire à la réalisation d'une IMG³⁷³⁵. Le diagnostic préconceptionnel permet ainsi à des individus qui ne se savent pas susceptibles de développer une maladie - puisqu'ils sont porteurs sains - de déterminer si leurs enfants risquent d'en être atteints. Bien que d'autres pays d'Europe l'autorisent, le Conseil d'État se montre prudent dans son rapport de 2018 à l'égard d'une telle pratique. S'il estime qu'elle permet de renforcer l'aptitude des parents à faire des choix procréatifs, il considère également que « *le développement de ce diagnostic renforcerait les risques d'eugénisme* »³⁷³⁶. Reprenant les propos du CCNE, il ajoute que « *cette identification de couples à risques [...] conduit à constituer une espèce de "carte d'identité de risque génétique" qui présenterait le double risque d'interférer dans les unions entre personnes envisageant un projet parental et de cataloguer ou catégoriser ces personnes, les soumettant ainsi à de potentielles discriminations ou stigmatisations* »³⁷³⁷. Cette autorisation risquerait ainsi, selon le Conseil d'État, de stigmatiser les parents qui n'y ont pas recours alors même que ces tests ne permettent qu'un éclairage imparfait de la situation³⁷³⁸. Le Conseil d'État ne recommande donc pas une libéralisation du cadre français sur ce point, ni d'ailleurs, de manière plus générale, en matière de diagnostics anténatals.

³⁷³³ CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 170.

³⁷³⁴ *Ibid.*, p. 164.

³⁷³⁵ *Ibid.*, p. 163.

³⁷³⁶ *Ibid.*, p. 164.

³⁷³⁷ *Ibid.*

³⁷³⁸ *Ibid.* Voir aussi, CCNE, Avis n° 120, *Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel*, 25 avril 2013, p. 28.

1238. Il faut également souligner que, pour limiter les abus, la recherche systématique de la trisomie 21 est refusée dans le cadre d'un DPI de peur d'une stigmatisation excessive de ce handicap³⁷³⁹. Cela étant, la question se pose aujourd'hui d'étendre le DPI à la recherche de certaines aneuploïdes affectant l'embryon, c'est-à-dire des cellules qui ne contiennent pas le bon nombre de chromosomes, comme dans le cas d'une trisomie 21. Le cadre actuel est en effet parfois jugé incohérent car il n'autorise pas la recherche de ces aneuploïdes lors d'un DPI alors même qu'elles pourraient pourtant par la suite conduire à la réalisation d'une IMG, si un DPN venait à les mettre en lumière³⁷⁴⁰. Dans son rapport de 2018, le Conseil d'État souligne toutefois qu'une telle ouverture constituerait une rupture avec la finalité originelle du DPI qui est pensée comme une sorte de « *DPN ultraprécoce* » en cas d'antécédents familiaux³⁷⁴¹. Par ailleurs, si le DPI permettait la recherche d'aneuploïdes en l'absence d'antécédents familiaux, pourquoi ne pas alors l'ouvrir à tous les couples procédant à une FIV ? Réserver ce type d'examen aux seuls couples engagés dans un protocole d'AMP risquerait en effet de constituer, selon le Conseil d'État, une rupture d'égalité³⁷⁴². En tout état de cause, il préconise avant toute modification législative, la réalisation d'une étude biomédicale visant à mesurer l'efficacité et l'utilité d'une telle évolution et une étude médico-économique pour comparer les coûts supplémentaires de cette pratique avec les surcoûts induits par les échecs d'implantation³⁷⁴³.

1239. Jusqu'à une éventuelle réforme des lois bioéthiques sur ce point, la pratique du DPI est limitée en France à la recherche des maladies particulièrement graves déjà décelées chez l'un des parents ou de ses ascendants directs. Le bon respect de la procédure est du reste assorti de sanctions pénales. Le Code pénal dispose en effet que « *le fait de méconnaître les dispositions des articles L2131-4 et L2131-4-1 relatifs au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* »³⁷⁴⁴. Elle est également assortie de sanctions administratives puisque le respect des dispositions précitées conditionne la délivrance des agréments par l'ABM pour les activités de l'AMP et de DPI³⁷⁴⁵. La procédure prévue par le Code de santé publique en matière de DPI est donc stricte et précise³⁷⁴⁶.

³⁷³⁹ Voir sur cette question, VIGNEAU D., « Les dispositions de la loi bioéthique du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *Dalloz*, 2011, p. 2224.

³⁷⁴⁰ C'est le même type d'incohérence qui a été sanctionné par CEDH, *Costa et Pavan contre Italie*, 28 août 2012, n° 5427010.

³⁷⁴¹ CE, *Révisions de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 167-168.

³⁷⁴² *Ibid.*

³⁷⁴³ *Ibid.*

³⁷⁴⁴ Article 511-21 CSP.

³⁷⁴⁵ Article L2131-4-2 CSP ; article R2131-30 CSP.

³⁷⁴⁶ Par exemple, l'article R2131-26-2 précise que « *la demande d'autorisation pour la réalisation du diagnostic biologique est adressée au directeur général de l'Agence de la biomédecine par le centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal accompagnée d'un dossier conforme à un dossier type dont le contenu est défini par décision du directeur général de l'Agence de la biomédecine* » ou l'article L2131-4 alinéa 8 qui précise

1240. En 1994, c'est une volonté de lutter contre les abus qui expliquait cette rigidité. En effet, les parlementaires insistaient sur leur volonté de lutter contre l'eugénisme :

« Ainsi, le diagnostic préimplantatoire a pu se développer en France dans un cadre strictement défini qui garantit le caractère exceptionnel de sa mise en œuvre et prévient les risques de dérive qui ont pu être évoqués [...]. On ne peut en effet qu'être préoccupé du fort décalage entre les progrès réalisés pour diagnostiquer les problèmes du fœtus et, plus récemment, de l'embryon, et les moyens dont on dispose pour les traiter. Le biais qui en résulte en faveur de l'élimination plutôt que du traitement alimente un discours récurrent mais aussi, peut-être, de moins en moins irréaliste, sur le tri eugénique des êtres humains et sur la décence ou l'acceptabilité plus grande de ces pratiques, devenues plus indolores. Pour éviter cette dérive, on ne peut que tout mettre en œuvre pour faire accéder le fœtus et l'embryon au statut de patient »³⁷⁴⁷.

1241. En première lecture, le Sénat a même refusé d'autoriser le DPI. Ce n'est que dans un second temps qu'il l'a finalement autorisé, convaincu de la nécessité de l'encadrer pour éviter toute dérive³⁷⁴⁸. À l'époque de son instauration, de nombreux parlementaires, ainsi que certains groupes de travail de la Commission européenne³⁷⁴⁹ ou le CCNE³⁷⁵⁰, considéraient que cette pratique était encore plus dangereuse que celle du DPN³⁷⁵¹ car elle suppose la réalisation d'un *tri*, d'une *sélection*, une *hiérarchisation* entre les différents embryons *in vitro* puis la destruction - et non la conservation - des embryons *in vitro* identifiés comme atteints³⁷⁵². Ce sont d'ailleurs ces différentes raisons qui expliquent, outre-Rhin, le caractère très strict de l'encadrement dont le DPI fait l'objet.

que « seul le médecin prescripteur des analyses de cytogénétique et de biologie en vue d'établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte ».

³⁷⁴⁷ AN, séance 2 du 9 décembre 2003, M. le ministre de la Santé, de la famille et des personnes handicapées. Dans le même sens, AN, séance 3 du mardi 9 décembre 2003, Christine Boutin ; AN, séance 3 du mardi 9 décembre 2003, Noël Mamère ; AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jacques Toubon, p. 5791. Voir également, CHARLES B., CLAEYS A., *Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ?*, *op. cit.*, p. 220.

³⁷⁴⁸ CHERIOUX J., MATTÉI J.F., *Rapport fait au nom de la Commission sur le projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, 14 juin 1994, p. 18.

³⁷⁴⁹ Avis du Groupe de Conseillers pour l'Éthique de la Biotechnologie de la Commission européenne, « Les aspects éthiques du diagnostic prénatal », n° 6 du 20 février 1996 : « Comparé au DPN, le DPI qui exige le recours à une fertilisation *in vitro*, soulève des questions éthiques particulières ».

³⁷⁵⁰ CCNE, Avis n° 107, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI)*, 15 octobre 2009 : « Le fait que le DPN puisse déboucher sur une interruption tardive de la grossesse pose des questions plus aiguës que dans le cas du DPI qui concerne un embryon *ex utero* de quelques cellules. Inversement, le DPI pose des questions éthiques qui n'ont pas lieu d'être dans le domaine du DPN : la sélection d'embryons et la destruction de ceux qui sont atteints ».

³⁷⁵¹ Voir notamment, CHARLES B., CLAEYS A., *Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ?*, *op. cit.*, p. 220 ; BELLIVIER F., *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, *op. cit.*, p. 96. Voir également MATTÉI J.F., *Les droits sur la vie*, *op. cit.*, p. 80 ; GALLMEISTER I., « État et capacité des personnes », juin 2016 (actualisation : avril 2017). L'auteur souligne aussi la virulence de certains propos ; MÉMETEAU G., « L'embryon législatif », *op. cit.*, p. 360.

³⁷⁵² Voir aussi, BRIARD M.L., « Le diagnostic préimplantatoire génétique : problèmes éthiques et futurs », *Archives pédiatriques*, 68-9, 2002.

2. En Allemagne

1242. La loi de 1990 sur la protection de l'embryon ne réglemente pas directement la question du DPI ; sa légalité est donc restée incertaine³⁷⁵³ et très controversée³⁷⁵⁴ jusqu'en 2010. En 2010, la Cour fédérale de justice est cependant amené à se prononcer sur la légalité de la pratique. En l'espèce, un gynécologue était poursuivi au pénal sur le fondement du §1 de la loi de 1990 relatif à l'application abusive des techniques d'AMP et du §2 relatif à l'utilisation abusive des embryons *in vitro* pour avoir accepté de procéder à un DPI pour trois de ses patientes. Le médecin avait justifié son action par le risque de transmission à l'enfant, dans les trois cas, d'une maladie génétique grave, en l'espèce une trisomie 13 ou 14. La transmission de cette maladie aurait mené à une fausse couche ou à la mort de l'enfant dans les jours suivants sa naissance. Le médecin avait d'ailleurs observé l'anomalie génétique des parents sur quatre des huit embryons étudiés. Avec le consentement de la mère, il avait donc implanté les embryons non atteints. Poursuivi en justice il est acquitté par les juges du fond³⁷⁵⁵. La Cour fédérale admet, elle aussi, la légalité de la pratique. Elle considère qu'

*« un diagnostic préimplantatoire pratiqué à la suite d'une FIV par le biais d'une biopsie blastocyttaire et d'un examen des cellules pluripotentes trophoblastes prélevées, dans le but de rechercher de graves dommages génétiques, ne constitue pas une infraction pénale sur le fondement du §1 alinéa 1 n° 2 de la loi sur la protection de l'embryon. Sa mise en œuvre n'est pas non plus pénalisée sur le fondement du §2 alinéa 1 de ladite loi »*³⁷⁵⁶.

1243. Le médecin n'est ainsi pas condamné car son but était bien, *in fine*, d'aider à la « *survenance d'une grossesse* »³⁷⁵⁷. La potentielle destruction des embryons n'était pas *intentionnelle* - au sens pénal - mais constituait seulement une des éventuelles conséquences dommageables de la manœuvre.

1244. Cette décision de 2010 a toutefois exacerbé les discussions relatives au bien-fondé d'une libéralisation du DPI³⁷⁵⁸. Les débats - notamment doctrinaux - relatifs à la légalisation du DPI ont

³⁷⁵³ Voir notamment, SCHROTH U., « Anmerkung zu BGH », *NJW*, 1936, p. 2673 ; COESTER-WALTJEN D., « Gesetzgebung in der Fortpflanzungsmedizin - die Lage in der Bundesrepublik Deutschland », *Deutsch-Französische Juristenvereinigung, Jahrestagung*, 21 septembre 2002, p. 10.

³⁷⁵⁴ Voir pour le débat doctrinal sur cette question, SACKSOFOSKY U., « Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz », *op. cit.*, p. 274 ; GIWER, *Rechtsfragen der PID*, Berlin, Duncker&Humblot, 2001, p. 33 ; BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, *PID als Rechtsproblem*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2002, p. 113 ; KELLER R., GÜNTHER H.L., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz*, 1992, §2, Rn 54 ; BECKMANN R., « Zur Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik nach dem Embryonenschutzgesetz », *Zeitschrift für Lebensrecht*, 1, 2001, p. 12-16 ; RIEDEL U., « Präimplantationsdiagnostik - Plädoyer für eine unvoreingenommene, offene Debatte », *Deutsches Ärzteblatt*, 2000, 97, p. 586 ; COESTER-WALTJEN D., « Gesetzgebung in der Fortpflanzungsmedizin - die Lage in der Bundesrepublik Deutschland », *op. cit.*, p. 11. Voir, par ailleurs, DREIER H., *Bioethik, Politik und Verfassung*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2013, p. 2.

³⁷⁵⁵ LG Berlin, 14 mai 2009 ; contra : SG Frankfurt, 21 janvier 2001, AZ S 25KR et 4242/00 ; SG Berlin, 23 mars 2007, S 86 Kr 660/04.

³⁷⁵⁶ BGH, 6 juillet 2010, 5 StR 386/09, considérant 1.

³⁷⁵⁷ *Ibid.*, §12 (version du BGH).

³⁷⁵⁸ SACKSOFOSKY U., « Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz », *op. cit.* Voir aussi, Nationaler Ethikrat, *Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft*, Stellungnahme, 2003 ; KOLLEK R., *Präimplantationsdiagnostik. Embryonenselektion, weibliche Autonomie und Recht*, Berne, Francke, 2^{ème} édition, 2002 ; DREIER H., « Stufungen des vorgeburtlichen

été particulièrement virulents. De nombreux auteurs considèrent que le DPI est une pratique eugénique et qu'elle serait, partant, contraire à la Loi fondamentale. En effet, elle vise à déterminer selon quels critères on peut, ou non, venir à la vie³⁷⁵⁹. Selon eux, l'organisation d'une telle sélection est contraire au principe de dignité humaine consacré par l'article 1 LF³⁷⁶⁰. Ils estiment que non seulement le DPI, à la différence du DPN, n'a pas de caractère thérapeutique mais qu'en plus, en cas d'AMP, la naissance a nécessairement été planifiée. Or, si l'on peut comprendre qu'en cas de grossesse non désirée, la naissance d'un enfant gravement handicapé ou malade soit encore plus difficile à accepter, cet argument ne vaut pas en cas de DPI - où la grossesse a nécessairement été désirée³⁷⁶¹. Cela rend, se lon eux, la manœuvre encore plus inacceptable.

1245. Contraint d'intervenir pour calmer ces débats³⁷⁶², le législateur opte, en 2011, pour une interdiction de principe et une autorisation exceptionnelle du DPI³⁷⁶³. Ainsi, « *celui qui procède à un examen génétique sur des cellules de l'embryon in vitro avant son transfert intra-utérin (diagnostic préimplantatoire) est puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 1 an ou d'une amende* »³⁷⁶⁴. Le principe est clair : l'embryon est en principe protégé contre toute forme de sélection, et ce, dès sa conception. Cependant, un second alinéa du même texte prévoit que

« s'il existe des raisons de penser, en raison des prédispositions génétiques de la femme dont proviennent les ovocytes ou de l'homme dont proviennent les spermatozoïdes (ou des deux), qu'il existe un risque élevé pour leurs descendants d'être porteurs d'une maladie génétique grave, alors, celui qui procède - avec le consentement de la génitrice et au regard de l'état actuel de la science et des techniques médicales - à un examen génétique avant le transfert intra-utérin ayant pour finalité d'éviter les risques/dangers liés à cette maladie, n'agit pas illégalement ».

Lebensschutzes », *op. cit.*, p. 377 ; FROMMEL M., « Die Menschenwürde des Embryos *in vitro* », *KJ*, 2002, p. 411 ; KLOEPFER M., « Humangentechnik als Verfassungsfrage », *JZ*, 2002, p. 417 ; HEUN W., « Embryonenschutzforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos », *JZ*, 2002, p. 517 ; HÖRNLE T., « PID als Eingriff in das Lebensrecht des Embryos ? », *GA*, 2002, p. 659 ; SCHROTH U., « Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechtes », *JZ*, 2002, p. 170.

³⁷⁵⁹ SACKSOFSKY U., « Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz », *op. cit.*, BECKMANN R., « Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik », *MedR*, 2001, p. 169 ; KLOEPFER M., « Humangentechnik als Verfassungsfrage » *op. cit.*, p. 417 ; SCHROTH, X., « Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechtes », *op. cit.*, p. 170 ; GIWER E., *Rechtsfragen der PID*, *op. cit.*, p. 33 ; BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, *PID als Rechtsproblem*, *op. cit.* p. 113 ; KELLER R., GÜNTHER H.J., KAISER P., *Embryonenschutzgesetz*, 1992, §2, Rn 54 ; contra : NEIDERT R., « Das überschätzte Embryonenschutzgesetz - was es verbietet und nicht verbietet », *ZRP*, 2002, p. 467 ; SCHNEIDER S., « Selektion aufgrund genetischer Diagnostik ? Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik », *op. cit.*, p. 329.

³⁷⁶⁰ *Ibid.*

³⁷⁶¹ *Ibid.*

³⁷⁶² Conseillé notamment par REISS M., *Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik - Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der von einem Verbot betroffenen Paare*, *op. cit.*, 2004 ainsi que par la commission d'éthique de la fédération des médecins allemands ; Ethik-Arbeitsgruppe des Deutschen Ärztinnenbundes, *Stellungnahme zur Präimplantationsdiagnostik*, 2011. Cela ne fait toutefois pas taire toutes les contestations : Voir notamment, HENKING T., « PID - Neues Gesetz, neue Probleme », *ZRP*, 2012, p. 20 ; REGENBOGEN D., HENN W., « Aufklärungs- und Beratungsproblem bei der prädikten genetischen Diagnostik », *MedR*, 2003, p. 152.

³⁷⁶³ Gesetz zur Regelung der PID (PräimpG) - loi réglementant le DPI, 21 novembre 2011.

³⁷⁶⁴ §3a EschG - loi sur la protection de l'embryon, 13 décembre 1990 modifiée par la loi réglementant le DPI, 21 novembre 2011.

1246. Le législateur précise ensuite que « *n'agit pas non plus illégalement, celui qui procède à un examen préimplantatoire - avec le consentement de la génitrice - ayant pour finalité la constatation d'une malformation de l'embryon, risquant fortement de conduire à un enfant mort-né ou à une fausse couche* ». Indirectement, le législateur semble ainsi lui aussi considérer, à l'instar de certains auteurs³⁷⁶⁵, qu'il est illogique d'autoriser le DPN mais pas le DPI. C'est, du reste, le raisonnement de la CEDH dans l'arrêt Costa et Pavan contre Italie. En 2012, la Cour condamne en effet l'Italie, considérant que

« tout en reconnaissant que la question de l'accès au DPI suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, la Cour relève que le choix opéré par le législateur en la matière n'échappe pas au contrôle de la Cour » et que « *compte tenu de l'incohérence du système législatif italien en matière de DPI dans le sens décrit ci-dessus, la Cour estime que l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a été disproportionnée. Ainsi, l'article 8 de la Convention a été enfreint en l'espèce* »³⁷⁶⁶.

1247. Depuis 2011, la pratique d'un DPI est donc, comme en France, possible en Allemagne à titre exceptionnel et sous de strictes conditions³⁷⁶⁷. D'autres conditions relatives à l'agrément, la composition, les procédures et le financement de ces centres sont également développées dans la loi. Cette loi est par la suite complétée par un décret qui réglemente l'agrément des centres chargés des DPI et de ses commissions d'éthique, le cheminement de la procédure, ainsi que la protection et centralisation des données³⁷⁶⁸.

1248. Ainsi, en Allemagne, les dispositions sur le DPI se structurent de la même manière que celles sur l'IVG. Le DPI, comme l'IVG, fait l'objet d'une interdiction de principe. Mais comme pour l'IVG, le législateur considère que, si la pratique reste par principe *illégal*³⁷⁶⁹, son bénéficiaire peut bénéficier d'un fait justificatif objectif - ici l'autorisation de la loi - qui suspend l'application de la loi pénale. Cette construction souligne, tant pour l'IVG que le DPI, l'importance symbolique du maintien d'une interdiction de principe. Les effets ne sont d'ailleurs pas seulement symboliques puisqu'une telle construction impose une interprétation restrictive des conditions posées par le texte. En 2015, dans son premier rapport sur la pratique du DPI³⁷⁷⁰, le gouvernement indique qu'au

³⁷⁶⁵ Voir notamment, SCHROTH U., « Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechtes », *op. cit.*, p. 170. Contra : SACKSOFSKY U., *Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz*, *op. cit.*

³⁷⁶⁶ CEDH, *Costa et Pavan contre Italie*, 28 août 2012, n° 5427010, §61. Voir notamment GALLMEISTER I., « Interdiction du diagnostic préimplantatoire : condamnation de l'Italie », *Dalloz actualité*, 10 septembre 2012 ; BENOS C., « L'interdiction du DPI sur la sellette européenne », *RDS*, 2013, p. 67.

³⁷⁶⁷ Tout d'abord, l'information de la patiente dans le cadre d'une consultation spécifique puis le recueil de son consentement. Ensuite, une commission d'éthique interdisciplinaire doit déterminer si le centre de DPI avait bien suivi les conditions posées par l'alinéa 2. En outre, le DPI ne peut être pratiqué que par un médecin qualifié dans un centre agréé.

³⁷⁶⁸ Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PIDV) - décret sur la réglementation le DPI, 21 juillet 2013.

³⁷⁶⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) (cas 2).

³⁷⁷⁰ §3a alinéa 6 EschG - loi de protection de l'embryon, 13 décembre 1990 : « *Le gouvernement fédéral rédige tous les quatre ans un rapport sur la pratique des diagnostics préimplantatoires* ».

regard des centres déjà ouverts en 2014³⁷⁷¹, 13 demandes de DPI ont été déposées et approuvées, et seulement 4 ont été réalisés. En France, en revanche, en 2014, 595 demandes ont été acceptées par l'Agence de la biomédecine. Il semble donc qu'en Allemagne le nombre de DPI réellement mis en œuvre chaque année reste rare, bien loin des craintes exprimées par certains auteurs sur l'apparition imminente d'une société structurée autour du mythe de l'enfant parfait³⁷⁷².

1249. Ainsi, par la limitation du recours à l'IMG et aux DPN/DPI, le législateur entend éviter toute dérive eugénique, c'est-à-dire la normalisation systématique de *zoe* à l'aune du critère des caractéristiques génétiques. Au-delà de ce strict encadrement, la dérive est empêchée par le caractère *librement consenti* de la sélection mise en œuvre.

II. Des pratiques de sélection soumises au libre choix des parents

1250. En France (A) et en Allemagne (B), l'encadrement du DPN et du DPI tend à présenter ces mesures comme orthogénique, relevant avant toute chose du libre choix des individus. Cette construction juridique est essentielle, dès lors qu'elle permet de n'ouvrir la voie qu'à une normalisation *indirecte* de la vie, et non à de l'eugénisme (au sens où l'entend le droit).

A. Le libre choix des parents en France

1251. Au regard du droit positif, la mise en œuvre du DPN et du DPI se distingue du sens prêté à la notion juridique d'eugénisme car elle est conditionnée par l'autorisation des futurs parents³⁷⁷³. En ce sens, dans un avis de 2009, le CCNE souligne qu'

*« indéniablement, le sens du terme "eugénisme" retenu par le législateur est celui d'un programme politique, hygiéniste et idéologique, visant à améliorer l'espèce humaine [...] ». Or, de nos jours, les professionnels de santé ne sont pas astreints par des directives imposées par les pouvoirs publics incitant les femmes à recourir à une IMG ou à un tri embryonnaire lorsqu'elles ont une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une affection grave et incurable. Ils sont seulement tenus à une équité d'information »*³⁷⁷⁴.

³⁷⁷¹ Erster Bericht der Bundesregierung über die Erfahrung mit der PID, 10 décembre 2015, Drucksache 18/7020, p. 2 : actuellement il existe 8 centres DPI agréés et 5 commission d'éthiques pour le DPI en Allemagne, mais en 2014, seuls deux centres semblaient opérationnels (Hamburg et Lübeck).

³⁷⁷² Voir notamment, AN, séance 1 du jeudi 13 décembre 2001, Ségolène Royal : « *Les progrès scientifiques nourrissent, en l'absence de garde-fous, l'illusion que tout est possible et que l'intervention de l'homme sur lui-même ne saurait connaître de limites [...]. Le corollaire de cette évolution, c'est le mythe de la santé parfaite, l'utopie d'un corps réparé à volonté et la programmation d'une humanité zéro défaut* » ; AN, séance 1 du 13 décembre 2001, Bernard Kouchner. Voir également FOLSCHEID B., « Vers l'enfant garanti zéro défaut ? », Conclusions du commissaire du gouvernement devant la CAA de Paris du 24 février 2003 », *AJDA*, 2003, p. 1496 ; TAGUIEFF P.A., « Sur l'eugénisme : du fantasme au débat », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 23 ; LE COZ P., « Le Diagnostic préimplantatoire va-t-il améliorer l'espèce humaine ? », *La pensée du midi*, 2010/1, n° 30, p. 210 ; CORPART I., « La santé de l'enfant à naître : vers l'enfant parfait ? », *Médecine et droit*, n° 5, 1995, p. 3.

³⁷⁷³ SIMON-BOUY S., SERRE J.L., « Le diagnostic prénatal n'est pas de l'eugénisme », *Gynécologie obstétrique et fertilité*, n° 43, 2015, p. 263.

³⁷⁷⁴ CCNE, Avis n° 107, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire*, 15 octobre 2009, p. 12.

1252. Le régime juridique du DPN et du DPI permet donc de les distinguer des mesures eugéniques. Le libre choix du couple, et, partant, la centralité du rôle de leur consentement dans la réalisation des diagnostics et du DPN, en constituent le pivot.

1253. En ce qui concerne tout d'abord l'interruption de grossesse pour indication fœtale, il importe de noter que le Code de santé publique la qualifie d'interruption *volontaire* de grossesse pour motifs médicaux³⁷⁷⁵. Cette formulation tend à souligner le caractère voulu, consenti et libre d'une telle opération. Les débats parlementaires ayant présidé à l'adoption de cette formulation ont d'ailleurs été émaillés d'interventions reposant sur une rhétorique libérale. Par-delà la volonté du législateur d'éviter les dérives eugéniques, s'est également fait entendre l'argument selon lequel le but de cet encadrement était de « *laisser aux intéressés la liberté de choix* »³⁷⁷⁶. C'est également la position défendue par le CCNE en 2001 lorsqu'il énonce, à propos des dispositions relatives à l'IMG, « *qu'il s'agit bien pour lui d'un texte fondé sur la reconnaissance de la valeur du choix exprimé par une femme responsable et correctement informée* »³⁷⁷⁷. En 2009, le CCNE note d'ailleurs que sur 6642 autorisations d'IMG délivrées, 475 grossesses ont malgré tout été poursuivies, ce qui, selon lui, « *laisse clairement apparaître que la liberté de décision leur appartient* »³⁷⁷⁸.

1254. En ce qui concerne plus précisément la procédure de DPN, le législateur précise également dans l'alinéa 6 de l'article L2131-1 CSP que la femme doit être informée des risques liés à la pratique de ces examens³⁷⁷⁹ et de leur caractère « *non obligatoire* »³⁷⁸⁰. L'article 2141-1 dispose quant à lui que « *la femme enceinte reçoit, lors d'une consultation médicale, une information loyale, claire et adaptée à sa situation sur la possibilité de recourir, à sa demande* » à des DPN. Pour preuve d'un recueil exigeant du consentement de la femme enceinte :

*« Le médecin ou la sage-femme établit une attestation, cosignée par la femme enceinte, certifiant que les informations susvisées lui ont été fournies ou que celle-ci n'a pas souhaité recevoir de telles informations. Lorsqu'elle demande à bénéficier de ces examens, son consentement est recueilli par écrit. Concernant les examens échographiques, la femme enceinte donne, avant la réalisation du premier examen, son consentement écrit pour l'ensemble des examens échographiques [...] qui seront réalisés durant la grossesse. Le consentement est révocable à tout moment selon les mêmes formes »*³⁷⁸¹.

³⁷⁷⁵ Article L2213-1 CSP.

³⁷⁷⁶ AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Georges Hage, p. 5813 ; AN, séance 1 du 19 novembre 1992, ministre de la Santé, p. 57.

³⁷⁷⁷ CCNE, Avis n° 68, *Handicaps congénitaux et préjudice*, op. cit., p. 7.

³⁷⁷⁸ CCNE, Avis n° 107, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire*, p. 18.

³⁷⁷⁹ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1) sur le caractère invasif de certains tests.

³⁷⁸⁰ L'article 32131-2 CSP.

³⁷⁸¹ Article R2131-2 alinéa 3 CSP.

L'arrêté de 2015 sur les bonnes pratiques médicales précise, en outre, que « *l'autonomie de la femme enceinte est un principe fondamental en matière de diagnostic prénatal. Sa volonté et ses choix sont placés au cœur du dispositif et du fonctionnement des CPDPN* »³⁷⁸². Il ajoute que « *cette autonomie doit se manifester à toutes les étapes de sa prise en charge* »³⁷⁸³. L'arrêté du 25 janvier 2018 sur les bonnes pratiques en matière de DPN dispose, quant à lui, que « *l'information doit être adaptée à chaque situation tout au long du parcours de soin et permettre à la femme un choix libre et éclairé du recours ou non au DPN. La femme est au centre du dispositif et prend toutes les décisions relatives à sa grossesse. Son autonomie doit être respectée* ». À première vue, les énoncés juridiques présentent donc la mise en œuvre des tests prénatals comme la résultante d'un choix personnel de la femme, qui y a consenti de manière libre et éclairée. Les recommandations officielles de la Haute autorité de santé insistent également sur ce point³⁷⁸⁴. Le rapport du Comité national de l'échographie de dépistage prénatal fait encore écho à cette idée :

« la qualité de l'information donnée aux familles leur permet un choix face au processus de dépistage. Il importe qu'elles soient informées des objectifs, des modalités, des contraintes et des limites (objectives ou délibérées) du dépistage échographique. Il importe également que ce choix puisse être fondé sur des critères plus valides que le mode de présentation de l'icéonographie ».

1255. Pour assurer la réalisation d'un véritable choix, ce rapport préconise que « *l'information soit délivrée le plus en amont possible du moment de la réalisation des examens eux-mêmes* » et insiste sur une information intelligible et largement diffusée³⁷⁸⁵. L'information précise du couple et le recueil de son consentement libre et éclairé sont présentés comme autant d'éléments qui permettent de lutter contre les dérives eugéniques³⁷⁸⁶. En effet, placer le consentement au cœur du mécanisme de DPN permet de s'assurer que les parents auront souhaité la réalisation du diagnostic ; que sa mise en œuvre est le fruit de leur volonté, qu'il s'agit de leur libre choix.

1256. De manière plus générale, dans son rapport de 2018 consacré à la bioéthique, le Conseil d'État rappelle que

³⁷⁸² Article 2 de l'arrêté du 1^{er} juin 2015 déterminant les recommandations de bonnes pratiques relatives aux modalités d'accès, de prise en charge des femmes enceintes et des couples, d'organisation et de fonctionnement des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal en matière de diagnostic prénatal et de diagnostic préimplantatoire.

³⁷⁸³ *Ibid.*

³⁷⁸⁴ HAS, *Surveillance sérologique et prévention de la toxoplasmose et de la rubéole au cours de la grossesse, recommandations en santé publique*, octobre 2009, p. 135 ; ABM, *Recommandations professionnelles de l'ABM pour le fonctionnement des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal (CPDPN)*, 2012.

³⁷⁸⁵ CNTE, *Rapport du Comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal*, 2005, p. 31-32.

³⁷⁸⁶ En ce sens, LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *op. cit.*, p. 268.

« la liberté des couples quant au choix de recourir ou non, selon leurs désirs ou leurs convictions, à un tel diagnostic doit être garantie. Ainsi que le relevait le CCNE dans son avis n° 107, c'est cette liberté qui permet de distinguer les diagnostics mis en place d'une politique eugénique. À l'échelle du couple, cette liberté implique qu'une information appropriée lui soit fournie et qu'il puisse choisir le champ exact du dépistage auquel il consent »³⁷⁸⁷.

1257. Il en va de même en Allemagne.

B. Le libre choix des parents en Allemagne

1258. En Allemagne, la directive de la Chambre fédérale des médecins sur les diagnostics prénatals précise que la consultation, visant à informer la femme de l'existence du DPN, doit être au cœur de la procédure. Elle considère que « la consultation de la femme enceinte doit devenir le cœur du diagnostic prénatal. La consultation doit se fonder sur de solides connaissances sur les questions génétiques et sur les possibilités diagnostiques, thérapeutiques et les risques qu'elle encourt. Les différentes options parentales doivent être discutées »³⁷⁸⁸. Le texte précise également que la simple découverte d'une anomalie génétique ne doit pas suffire à conseiller, encourager, ou réaliser une IMG mais que, dans tous les cas, « le médecin doit [...] respecter la décision de la femme enceinte »³⁷⁸⁹. Cette consultation doit en principe être « non orientée »³⁷⁹⁰. Par ce biais, la Chambre fédérale des médecins souligne que, les DPN - et la décision d'IMG qui peut en découler - sont bien des choix *personnels* des parents et qu'ils ne doivent pas, à ce titre, être réalisés sous influence. En outre, la loi de 1992 précise elle aussi que la consultation doit être « non orientée »³⁷⁹¹, ce qui signifie que l'objectif de la consultation ne peut pas être de convaincre la femme de prendre telle ou telle décision. Cette disposition insiste donc sur la capacité de choix de la femme enceinte à procéder ou non à une IMG.

1259. En France et en Allemagne, le DPN et le DPI font l'objet d'un encadrement strict articulé autour du principe d'autonomie décisionnelle des parents. Ces mesures à visée diagnostique permettent indubitablement une forme de normalisation de la vie puisqu'elles permettent une *sélection* à l'aune de certaines de ses caractéristiques physiques ou génétiques. Mais cette sélection n'est pas *directe* : elle n'est pas imposée par le droit. Elle ne peut être mise en œuvre que de manière *indirecte*, ce qui signifie qu'elle doit avoir été *voulue* par les parents. Leur consentement, en tant que modalité juridique de « manifestation de la volonté »³⁷⁹², est nécessaire à toutes les étapes de la procédure. Il permet de s'assurer que la réalisation des tests est toujours le fruit du libre choix des parents. À telle enseigne qu'on a pu lire la légalisation du DPN et du DPI comme emblématique de

³⁷⁸⁷ CE, *La révision des lois bioéthiques : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 163.

³⁷⁸⁸ BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheitent und Krankheitspositionen*, op. cit., p. 66.

³⁷⁸⁹ *Ibid.*

³⁷⁹⁰ *Ibid.*

³⁷⁹¹ §2a SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

³⁷⁹² CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, juin 2015.

leur transformation « *en intérêts privés* »³⁷⁹³ dès lors que la loi « *les présente sous leur seule forme de mesure individuelle* »³⁷⁹⁴.

1260. Mais cette centralité du consentement permet-elle de mettre à l'écart toute dimension eugénique de ces formes anténatales de diagnostics ? En effet, la coercition n'est, ni historiquement, ni conceptuellement, le seul élément qui caractérise l'eugénisme. Ce dernier se définit notamment, on l'a vu, par un objectif qualitatif, une primauté du collectif sur l'individuel, la collaboration du corps médical et l'importance accordée à l'hérédité³⁷⁹⁵. Or, ces différents éléments caractérisent tant le DPN que le DPI (à l'exception peut-être de la question de la primauté du collectif sur l'individuel dès lors que ce n'est pas au nom de l'amélioration de l'espèce humaine que les parents demandent un diagnostic anténatal, mais pour éviter des souffrances à venir). Même si le terme d'orthogénie, moins connoté, est plus volontiers mobilisé pour désigner le DPN et le DPI que celui d'eugénisme, il est malgré tout possible de se demander si le DPN et le DPI ne relèvent pas *in fine* d'une forme d'eugénisme, *a minima* individuel ou libéral³⁷⁹⁶ ou *a maxima* indirectement radical. En effet, il importe désormais de montrer que les ordres juridiques tendent, dans une certaine mesure, à encourager le recours à ces tests. Ces derniers ne sauraient dès lors être strictement cantonnés au domaine de l'orthogénie ou de l'eugénisme *individuel*. Les incitations juridiques au recours aux diagnostics prénatals conduisent en effet à une *délégation* aux individus des processus de normalisation du vivant, qui produit des effets collectifs : la normalisation bien qu'*indirecte* dans sa forme revêt également des aspects radicaux.

Sous-section 2. Des incitations juridiques à la normalisation indirecte de la vie

1261. L'idée selon laquelle les ordres juridiques se contenteraient d'autoriser des pratiques relevant, tout au plus, d'un eugénisme de type *individuel* et, qu'en outre, ils encadreraient très strictement leur accès, mérite d'être reconsidérée à l'aune d'une analyse approfondie des dispositions de droit positif. Celle-ci révèle en effet que le droit cherche à *légitimer* la pratique des DPN et DPI, ce qui tend non seulement à encourager les individus à y recourir mais également à stigmatiser ceux qui ne le souhaitent pas. Deux éléments permettent tout particulièrement d'appuyer cette hypothèse. Tout d'abord, les décisions de pratiquer un DPN, une IMG ou un DPI ne sont pas strictement *individuelles* car elles sont contrôlées par le corps médical. Si en aval, le

³⁷⁹³ LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *op. cit.*, p. 265.

³⁷⁹⁴ *Ibid.*

³⁷⁹⁵ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁷⁹⁶ HABERMAS J., *L'avenir de la nature humaine - vers un eugénisme libéral ?*, *op. cit.*

consentement de la femme ou du couple est certes requis, la réalisation d'un *choix libre et éclairé*³⁷⁹⁷ est en réalité dépendante du cadre de discussion médicale dans lequel il advient. En France et en Allemagne, derrière l'importance accordée par le droit aux décisions du corps médical, on retrouve ainsi un modèle de biopolitique déléguée. En son sein, le corps médical apparaît de nouveau comme un acteur phare de la normalisation du vivant³⁷⁹⁸, derrière lequel c'est une fois de plus l'ombre de l'État qui apparaît³⁷⁹⁹. On observe ainsi un encadrement médicalisé des dépistages prénatals ; cadre qui contribue à les légitimer, voire à inciter les couples à y recourir (**I**). L'étude du contentieux relatif aux échecs d'IMG apporte, par ailleurs, un éclairage intéressant sur cette question. En effet, alors que le juge n'admet pas que la naissance d'un enfant sain puisse être considérée comme un préjudice, dans le cas d'un échec d'une IVG³⁸⁰⁰, il considère en revanche que la naissance d'un enfant malade ou porteur d'un handicap peut constituer un préjudice dans le cadre de la non-réalisation fautive d'une IMG. Un tel raisonnement repose nécessairement sur l'idée selon laquelle le recours à un DPN suivi d'une IMG est légitime, voire même qu'il s'agit d'un *droit*. Ce droit pourrait même prendre la forme d'un droit à la sélection ou à la normalisation anténatale de la vie (**II**).

I. La médicalisation des dépistages prénatals

1262. Les pratiques de DPN, d'IMG et de DPI ne sont pas strictement individuelles. En effet, si la décision de procéder à une IMG ne dépend que du couple, en amont, celle qui détermine qu'une indication donnée ouvre droit ou non à une telle interruption de grossesse dépend, en grande partie, du corps médical (**A**). Qui plus est, le recours au DPN est largement construit par les ordres juridiques comme une mesure de santé publique, c'est-à-dire comme un dispositif utile au bien-être de la population. Or, appréhender les diagnostics prénatals comme des instruments au service de la protection de la santé de toute la population révèle que leur mise en œuvre, jugée légitime, est encouragée par l'État (**B**).

A. Des décisions d'IMG encadrées par le corps médical

1263. En matière d'IMG, la demande doit être formulée par le couple, qui décidera *in fine* s'il souhaite interrompre la grossesse. Néanmoins, la qualification de l'indication susceptible d'autoriser une telle IMG est réalisée par le corps médical. Dès lors, la normalisation du vivant que

³⁷⁹⁷ Sur cette question, MURPHY T., « Health confidentiality in the age of talk » in SHELDON S. (dir.), *Feminist perspectives on health care law*, London, Cavendish Publishing, 1998, p. 155.

³⁷⁹⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³⁷⁹⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³⁸⁰⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

permet l'IMG n'est pas uniquement *indirecte* puisqu'elle est en grande partie médicale, que ce soit en France (1) ou en Allemagne (2).

1. En France

1264. En France, le Code de santé publique accorde au corps médical un fort pouvoir décisionnel tout au long de la procédure de DPN et d'IMG : de la délivrance de l'information pré-DPN à l'autorisation d'IMG, en passant par l'annonce des résultats des tests.

1265. Tout d'abord, conformément à l'article L2131-1 CSP : « *Toute femme enceinte reçoit, lors d'une consultation médicale, une information loyale, claire et adaptée à sa situation sur la possibilité de recourir, à sa demande, à des examens de biologie médicale et d'imagerie permettant d'évaluer le risque que l'embryon ou le fœtus présente une affection susceptible de modifier le déroulement ou le suivi de sa grossesse* »³⁸⁰¹. C'est le médecin qui délivre à la femme l'information relative au DPN. L'obligation d'information qui lui incombe est exigeante puisque, pour un premier DPN, elle porte sur

« les objectifs des examens, les résultats susceptibles d'être obtenus, leurs modalités, leurs éventuelles contraintes, risques, limites et leur caractère non obligatoire » et pour un second DPN, lorsque le premier relève certaines anomalies, sur « *les objectifs des examens, les résultats susceptibles d'être obtenus, leurs modalités, leurs éventuelles contraintes, risques, limites et leur caractère non obligatoire [...], les caractéristiques de l'affection recherchée, les moyens de la détecter, les possibilités de médecine fœtale et, le cas échéant, de traitement ou de prise en charge à partir de la naissance* ».

1266. En apparence, le médecin doit donc délivrer l'information nécessaire à la réalisation d'un *choix libre et éclairé*. Dans les faits, cependant, l'information est parfois difficile à délivrer. Ainsi, certains auteurs observent que les exigences relatives à l'information coïncident parfois mal avec l'organisation concrète du travail échographique sur le terrain qui ne réserve qu'un temps très limité à l'information³⁸⁰². Ces difficultés se font parfois d'autant plus ressentir que des incohérences internes à l'encadrement juridique viennent s'y ajouter. Les mesures et observations obligatoires au regard des recommandations du Comité national technique de l'échographie de dépistage (CNTE) créé en 2001 s'accordent, par exemple, mal avec les exigences légales de recueil préalable de consentement. Le rapport de 2005 du CNTE établit en effet la liste des « *éléments devant figurer dans le compte rendu de l'examen de dépistage du premier trimestre* »³⁸⁰³ parmi lesquels « *la mesure de la clarté nucale exprimée en millimètres et 1/10 de millimètres* »³⁸⁰⁴. Sur ce point, le rapport précise qu'« *après information*

³⁸⁰¹ Article L2131-1 CSP.

³⁸⁰² MAMERI Q., FILLION E., CHAMPENOIS B., « Le juge et le diagnostic prénatal depuis la loi du 4 mars 2002 », *Revue européenne de recherche sur le handicap*, Vol. 9, 4, octobre-décembre 2015, p. 341.

³⁸⁰³ CNTE, *Rapport du Comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal*, 2005, p. 99.

³⁸⁰⁴ La clarté nucale est une zone située sur le crâne de l'embryon dont l'analyse permet de détecter certaines affections congénitales.

spécifique, et si la patiente le souhaite, il peut être procédé à un calcul de risque d'anomalie chromosomique». Partant, « *il est donc demandé au praticien de mesurer la nuque, ce qui lui donne immédiatement des informations car il est capable d'interpréter ce chiffre brut, puis de parler à la femme enceinte du dépistage de la trisomie 21 et, si elle est intéressée, de lui communiquer le résultat calculé par le logiciel en fonction de la mesure et de son âge, pour estimer le risque* »³⁸⁰⁵. Les échographes sont alors pris dans un « *contexte ambigu où il y a contradiction entre des normes instituées par une agence sanitaire au nom de l'éthique et d'autres normes professionnelles qui définissent l'excellence technique* »³⁸⁰⁶. On imagine en effet aisément que, dans un tel contexte, il devient éminemment difficile pour les femmes enceintes de refuser la communication des résultats, déjà connus du médecin. En ce sens, des auteurs soulignent que

*« les professionnels, lors d'échographies de 12 semaines, ont adopté des stratégies d'information contrastées sur le dépistage échographique de la trisomie 21, certains choisissant, en contradiction avec les recommandations éthiques de la Haute autorité de santé, de ne demander le consentement de la femme qu'après avoir mesuré la clarté nucale dont l'épaississement peut être un signe de trisomie, d'autres renonçant à mesurer cette clarté nucale en cas de refus de la femme, alors que cette mesure est considérée obligatoire par le CNTE »*³⁸⁰⁷.

1267. Dans les faits, « *si le dosage des marqueurs sériques est soumis à un consentement écrit qui bien que critiquable existe, il n'en va pas de même de la mesure échographique de la clarté nucale, très souvent faite sans demande ou information préalable* »³⁸⁰⁸. Ainsi, même si la loi - à l'instar du CNTE - impose aux médecins la délivrance d'une information complète sur le DPN, il semble que des contradictions entre les recommandations du CNTE et les dispositions légales rendent le recueil préalable du consentement difficile en matière échographique.

1268. Qui plus est, comme le souligne le CCNE en 2009, la distinction entre « *obligation de dire et incitation à faire est aussi fondamentale que fragile* ». Le CCNE aborde ici un point délicat et important qui révèle que l'information complète des couples sur le DPN lors d'une consultation médicale peut s'apparenter ou s'approcher d'une incitation à y recourir. En effet, le seul fait de mentionner l'existence du DPN, ainsi que sa finalité - à première vue rassurante - peut apparaître comme une recommandation à le mettre en œuvre. Surtout dans un contexte social où le recours à de tels tests apparaît parfois comme une simple « *formalité* » dont la mise en œuvre relève de l'évidence. Le

³⁸⁰⁵ CHAMPENOIS-ROUSSEAU B., VASSY C., « Les échographistes face au dépistage prénatal de la trisomie 21. Le difficile arbitrage entre excellence professionnelle et éthique du consentement », *Sciences sociales et santé*, 10, 2012, p. 2.

³⁸⁰⁶ *Ibid.*

³⁸⁰⁷ *Ibid.*

³⁸⁰⁸ AZRIA E., « Clause de conscience et dépistage de la trisomie 21 ou comment substituer un jugement moral à une volonté d'accroître la liberté décisionnelle des femmes enceintes », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, n° 39, 2010, p. 592.

CCNE précise d'ailleurs qu'il faut « veiller à ce que le choix des couples ne soit pas menacé par un climat idéologique incitatif »³⁸⁰⁹. Il ajoute que

*« d'une part, un examen ou un test prénatal n'est jamais neutre et d'autre part, les choix individuels sont tributaires des représentations sociales. Sans même évoquer l'influence exercée par l'entourage familial, on peut songer au déficit de solidarité, au manque de soutien et de sollicitude dont pâtissent souvent les personnes atteintes de handicaps au sein de notre société »*³⁸¹⁰.

Dans ce même sens, certains médecins notent que

*« de la même façon, la désignation de la trisomie 21 comme une des cibles principales du dépistage prénatal ne manque pas de stigmatiser cette anomalie, qui bien que grave et lourdement handicapante, n'est certainement pas la plus grave de celles que nous avons régulièrement à prendre en charge. Il en résulte que le regard porté sur les personnes trisomiques 21 ne fait qu'accroître leur isolement et leur handicap dans une société qui a préféré mettre l'accent sur le dépistage plutôt que sur la construction d'un dispositif solidaire d'intégration et de prise en charge. Cette pression sociale et financière ne manque pas d'intervenir dans les choix et certainement d'altérer la liberté de choix des individus de se prêter au dépistage lorsqu'ils en ont compris la finalité »*³⁸¹¹.

1269. De telles analyses révèlent ainsi que la seule prescription d'un DPN - et le recueil du consentement qui précède sa réalisation - peuvent bien être perçus comme influencés.

1270. Depuis 2011, il appartient d'ailleurs au médecin de préciser que ces tests ne sont pas obligatoires³⁸¹². Cela étant, le seul fait que le législateur ait eu à rappeler le principe élémentaire du consentement libre³⁸¹³ relève en creux la tendance ou la potentialité d'une inclination du corps médical à encourager les futurs parents à réaliser ces DPN³⁸¹⁴. Il n'est cependant pas certain que le rappel de ces principes suffise à compenser les déséquilibres inhérents à la relation patient-médecin³⁸¹⁵. Ces derniers disposent en effet d'une grande influence, eu égard à leurs connaissances scientifiques³⁸¹⁶. De plus, même si le médecin doit désormais préciser que le test n'est pas

³⁸⁰⁹ CCNE, Avis n° 107, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire*, *op. cit.*, p. 13.

³⁸¹⁰ *Ibid.*

³⁸¹¹ AZRIA E., « Clause de conscience et dépistage de la trisomie 21 ou comment substituer un jugement moral à une volonté d'accroître la liberté décisionnelle des femmes enceintes », *op. cit.*, p. 593.

³⁸¹² Article 20 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

³⁸¹³ Article 1^{er} du décret n° 2014-32 du 14 janvier 2014. En Allemagne, la directive de la Chambre fédérale des médecins insiste également sur ce point : BÄK, *Richtlinie zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, *op. cit.*, p. 66.

³⁸¹⁴ LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *op. cit.*, p. 269-270 ; VASSY C., CHAMPENOIS-ROUSSEAU B., « Comment le risque devient une évidence : praticiens, femmes enceintes et dépistage prénatal de la trisomie 21 », *socioanthropologie*, 29/2014. Voir, pour l'Allemagne, COESTER-WALTJEN D., « Gesetzgebung in der Fortpflanzungsmedizin - die Lage in der Bundesrepublik Deutschland », *op. cit.*, p. 11.

³⁸¹⁵ En Allemagne, FABER B., « Privat oder Politisch ? Akzeptanz und Selbstbestimmung in Zeiten der Gen und Reprotechnologien », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 175, et pour une critique de la limite de la notion d'autonomie procréative dans le cadre médical, voir notamment MERSKI S., « Entmündigende Selbstbestimmung. Wie die genetische Beratung schwangere Frauen zu einer unmöglichen Entscheidung befähigt », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 223. En France, VASSY C., CHAMPENOIS-ROUSSEAU B., « Comment le risque devient une évidence : praticiens, femmes enceintes et dépistage prénatal de la trisomie 21 », *op. cit.*

³⁸¹⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

obligatoire, rien ne l'empêche de *recommander* malgré tout à la patiente son utilisation³⁸¹⁷. Or, dans la mesure où les patients ne sont pas familiers avec le savoir médical et génétique, il leur est difficile de faire un usage autonome de l'information dispensée par le médecin³⁸¹⁸.

1271. Ensuite, lors de la seconde étape du processus décisionnel en cas de DPN, c'est le médecin qui délivre les résultats des tests aux parents³⁸¹⁹. Une fois de plus, son savoir scientifique crée un déséquilibre dans la relation qu'il entretient avec ses patients ; d'autant plus que l'annonce d'un résultat positif peut être extrêmement anxiogène pour la femme enceinte ou le couple³⁸²⁰. Le CCNE précise en ce sens que le médecin se doit de présenter de manière neutre la pluralité des options qui existent à la suite d'un DPN positif, pour aider à éclairer le choix du couple sans le dicter. Le CCNE précise que le médecin se doit de prendre des « *précautions oratoires* » car le « *simple fait d'envisager l'éventualité d'un arrêt de grossesse* » signifie que « *tacitement, le médecin juge la situation préoccupante* »³⁸²¹. Cependant, la manière dont certaines études sociologiques retranscrivent le déroulement de ce type de consultations indique que les médecins ne prennent pas toujours ce type de précautions³⁸²². Cela s'explique, entre autres, par le risque que leur responsabilité soit engagée s'ils ne mentionnent pas assez clairement la possibilité d'une IMG. En toute hypothèse, on voit ici que le médecin joue un rôle éminemment central dans l'annonce des résultats des tests.

1272. Enfin, en ce qui concerne la troisième étape, c'est encore le médecin qui accompagne le couple s'il décide de demander une IMG. Si tel est le cas, le couple doit tout d'abord formuler une demande auprès d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal ou auprès d'un médecin gynécologue-obstétricien qui transmettra cette demande audit centre³⁸²³. C'est ce centre qui, après concertation, déterminera si l'anomalie en cause peut être qualifiée d'affection « *particulièrement grave reconnue comme incurable au moment du diagnostic* » ; en somme, si une IMG peut être autorisée³⁸²⁴.

1273. Dans la mesure où ce centre est principalement composé de médecins³⁸²⁵, c'est bien au corps médical que le législateur délègue le pouvoir de déterminer quelles sont les affections

³⁸¹⁷ VASSY C., CHAMPENOIS-ROUSSEAU B., « Comment le risque devient une évidence : praticiens, femmes enceintes et dépistage prénatal de la trisomie 21 », *op. cit.*, §24.

³⁸¹⁸ JULIAN REYNIER C., BOURRET P., « En quête de cause, en quête d'action : quelles applications médicales de la génétique d'aujourd'hui », Communication au colloque international *L'Eugénisme après 1945, forme nouvelle d'une doctrine périmée*, *op. cit.*, p. 16.

³⁸¹⁹ Article L2131-1 alinéa 3.

³⁸²⁰ MOYSE D., DIEDERICH N., « Après l'affaire Perruche, le dépistage prénatal des anomalies à l'épreuve de la judiciarisation », *Journal de la réadaptation médicale*, 25, n° 3, 2005, p 141.

³⁸²¹ CCNE, Avis n° 107, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire*, *op. cit.*, p. 7.

³⁸²² MAMERI Q., FILLION E., CHAMPENOIS B., « Le juge et le diagnostic prénatal depuis la loi du 4 mars 2002 », *Revue européenne de recherche sur le handicap*, *op. cit.*, p. 341.

³⁸²³ Article R2131-16 CSP.

³⁸²⁴ Article R2131-18 CSP.

³⁸²⁵ Article R2131-12 CSP : sur 8 membres, 5 sont des médecins.

susceptibles d'ouvrir droit à une IMG ou non³⁸²⁶. Une telle délégation est d'autant plus importante qu'en principe, le centre ne s'en tient pas à l'analyse des seuls éléments médicaux du dossier ; il prend également en compte la situation particulière du couple³⁸²⁷. La femme enceinte ou le couple peuvent être entendus par les membres de l'équipe pluridisciplinaire³⁸²⁸ ; et ceux-ci peuvent demander « *des investigations complémentaires ou recourir à des avis extérieurs spécialisés s'il y a lieu d'étayer le diagnostic ou le pronostic* »³⁸²⁹. La femme peut, par ailleurs, solliciter un second avis³⁸³⁰. La situation et la volonté du couple sont donc prises en considération par le centre. Mais la loi n'impose pas aux médecins le respect de sa volonté ; l'obligation légale ne porte que sur l'exigence qu'il soit entendu s'il le demande. Sa consultation n'est donc pas systématique. C'est avant tout au CPDPN que revient, en grande partie, le pouvoir de décider si une IMG peut être autorisée. On peut d'ailleurs noter que toutes les demandes d'IMG ne sont pas acceptées. En 2015, par exemple, 132 demandes ont été refusées³⁸³¹. Ce n'est donc pas le couple qui décide *individuellement* d'une éventuelle IMG.

1274. Enfin, la loi ne prévoit aucun mécanisme permettant de contester le refus d'une IMG devant un juge³⁸³². Si le juge civil ou administratif vérifie le respect par le médecin de son obligation d'information et de la bonne réalisation des diagnostics³⁸³³, il ne contrôle pas *substantiellement* la décision prise par le CPDNP : le juge se borne à vérifier la bonne mise en œuvre du DPN et le bon transfert du dossier au CPDNP³⁸³⁴. Dans un arrêt de 2012, la Cour administrative d'appel de Nancy juge ainsi que « *des circonstances que, de manière générale, des statistiques montreraient que des malformations du fœtus conduisent, dans des proportions importantes, à des interruptions médicales de grossesse et que la position du centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal qui s'est prononcé sur leur demande ne correspondrait pas à celle traditionnellement adoptée au niveau national ne [peuvent] être utilement invoquées* »³⁸³⁵. La Cour administrative d'appel refuse d'examiner le bien-fondé de la décision du centre de DPN. De même, en 2006, le TGI de Paris doit se prononcer sur la question de savoir si un homme peut porter plainte contre un médecin qui a accepté l'IMG de sa partenaire alors même que la maladie dont souffrait le fœtus

³⁸²⁶ ROMAN D., « L'avortement devant la CEDH », *op. cit.*, p. 643.

³⁸²⁷ CCNE, Avis n° 107, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire*, *op. cit.*, p. 16.

³⁸²⁸ Article R2131-17 CSP.

³⁸²⁹ Article R2131-17 CSP.

³⁸³⁰ Article 2 de l'arrêté du 1^{er} juin 2015 déterminant les recommandations de bonnes pratiques relatives aux modalités d'accès, de prise en charge des femmes enceintes et des couples, d'organisation et de fonctionnement des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal en matière de diagnostic prénatal et de diagnostic préimplantatoire.

³⁸³¹ ABM, *Rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaine en France*, Tableau CPDPN6 : 9 étaient demandées pour des anomalies chromosomiques, 9 pour anomalies géniques, 8 pour anomalies infectieuses ; 54 pour malformations ; 27 pour autres indications fœtales et 25 pour indications maternelles.

³⁸³² Voir sur cette question, ROMAN D., « L'avortement devant la CEDH », *op. cit.*, p. 643.

³⁸³³ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁸³⁴ Voir notamment, CC, 1^{ère} chambre civile, 5 avril 2012, n° 1114856.

³⁸³⁵ CAA Nancy, 12 janvier 2012, n° 11NC00619.

n'était pas incurable³⁸³⁶. Dès lors que la procédure prévue par la loi est respectée, il n'est pas possible d'opposer à l'équipe médicale le contenu de sa décision³⁸³⁷.

1275. La centralité accordée au corps médical et aux CPDPN est paradigmatique de la manière dont le droit de la bioéthique s'est structuré : comme nombre de décisions relatives à des pratiques biomédicales, de tels diagnostics sont décidés dans un cadre *médical* jugé légitime et nécessaire pour éviter les dérives. En ce sens, dans son rapport de 2018, le Conseil d'État considère d'ailleurs, à propos de la réalisation toujours plus précoce des DPN qui risque de permettre un jour aux couples de réaliser, en dehors de tout contrôle médical, une IVG - que laisser « *les couples choisir seuls l'avortement sur la base d'une approche subjective et irrationnelle de la gravité de l'anomalie [...]* »³⁸³⁸ est problématique. Il considère qu'il est préférable de laisser les CPDPN décider de la pertinence d'une IMG au regard d'une approche « *plus objective* »³⁸³⁹ de la situation. Cette décision n'est donc pas considérée comme l'expression d'un choix strictement individuel mais s'exprime, comme en Allemagne, du début à la fin de la procédure, sous l'influence, voire la tutelle, du corps médical.

2. En Allemagne

1276. En Allemagne, comme en France, le médecin est tenu d'informer le patient de la possibilité d'exercer des dépistages prénatals³⁸⁴⁰, ce qui suscite à nouveau des interrogations sur le caractère potentiellement orienté de la prise de décision³⁸⁴¹. En outre, la procédure d'IMG n'est pas aussi précisément réglementée par la loi qu'en France.

1277. La loi de 1992 sur les conflits de grossesse, qui complète l'encadrement pénal en matière d'avortements, précise uniquement qu'un délai de réflexion de trois jours doit être respecté entre la consultation génétique qui suit l'annonce des résultats du DPN et la réalisation d'une IMG³⁸⁴². Au regard de la loi pénale, un avis médical apparaît nécessaire à la constatation d'une indication³⁸⁴³. Par ailleurs, une lecture *a contrario* du §218b du Code pénal allemand indique que le constat d'une telle

³⁸³⁶ En effet, cela n'aboutit qu'à un simple rappel à la loi, notamment car les médecins étaient face à une « *situation inhabituelle* ». Voir sur cette décision, SOUPLLET I., « Interruption médicale de grossesse abusive et perte de chance », *AJDA*, 2006, p. 602.

³⁸³⁷ IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, *op. cit.*, p. 49.

³⁸³⁸ CE, *Révision des lois bioéthiques : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 173.

³⁸³⁹ *Ibid.*

³⁸⁴⁰ SPICKHOFF A., *Medizinrecht*, §839, 2ème édition, 2014, Rn 94. Pour une actualité jurisprudentielle sur cette question : OLG Dresden, 20 décembre 2017 - 4 U 966/17.

³⁸⁴¹ Pour une critique de la manière dont l'information est délivrée en Allemagne : REGENBOGEN D., HENN W., « Aufklärungs- und Beratungsproblem bei der prädiktiven genetischen Diagnostik », *MedR*, 2003, p. 152 ; DAMM R., « Prädiktive Medizin und Patientenautonomie », *MedR*, 1999, p. 437.

³⁸⁴² §2a SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992. Voir, sur l'importance du délai de réflexion : BÄK, *Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik*, *op. cit.*, p. A-3013.

³⁸⁴³ De plus, la loi ne précise pas si le médecin doit être spécialisé.

indication doit être rédigé par un médecin autre que celui qui réalisera l'avortement (*a priori* pour éviter des intérêts personnels ou économiques justifient l'autorisation ou le refus de l'indication).

1278. Le Code pénal ne donne certes pas beaucoup d'indications sur la procédure à suivre mais il impose que l'indication soit posée par un médecin. En tout état de cause, c'est donc bien au corps médical que revient le pouvoir de qualifier l'indication.

1279. En outre, le §218a du Code pénal indique que « *l'interruption d'une grossesse pratiquée par un médecin avec le consentement de la femme enceinte n'est pas illégale si l'interruption est, au regard des circonstances présentes et futures de vie de la femme enceinte, indiquée par un médecin, pour éviter une atteinte à la vie ou une grave atteinte à la santé physique ou psychique de la femme enceinte et que cette atteinte qui ne saurait être évitée par un autre moyen raisonnable* ». Une IMG n'est donc possible qu'en cas de grave danger physique ou psychique pour la femme enceinte et que ce danger ne peut pas être évité par un autre moyen que la suppression de la vie anténatale. La Chambre fédérale des médecins précise sur ce point que « *l'IMG ne peut résulter de la seule découverte d'une anomalie mais elle doit être liée au danger que représente cette anomalie pour la santé de la femme* »³⁸⁴⁴. En effet, on l'a vu, l'indication embryopathique n'existe plus en droit allemand depuis 1995. Le constat d'une indication ne peut, en théorie, s'appuyer que sur le seul état de santé de la femme enceinte. Cependant, le médecin peut déterminer si la découverte d'une anomalie fœtale est susceptible de mettre en danger la santé (psychologique) de la femme enceinte. C'est dorénavant par le biais de l'indication maternelle qu'une indication fœtale peut être caractérisée³⁸⁴⁵. Si la femme se représente la naissance d'un enfant handicapé comme une véritable souffrance, celle-ci peut être assimilée à un danger grave pour sa santé psychique ou physique. Dans ce cas, le médecin peut autoriser l'interruption si elle représente le seul moyen d'éviter ce danger psychique. Désormais, c'est donc uniquement au regard de l'état de santé psychique de la femme enceinte que le médecin qualifie l'indication. Le cadre légal permet dès lors moins directement qu'en France une production médicale de *bios*. Le médecin ne détermine en effet pas si les caractéristiques de l'embryon sont susceptibles d'ouvrir droit à une IMG, mais si la manière dont ces caractéristiques sont perçues par la femme enceinte est susceptible de constituer, pour elle, un choc tel qu'une IMG peut être réalisée. Cependant, si cet encadrement tend à première vue à limiter la production médicale de *bios*, il peut en revanche mener à une plus grande normalisation indirecte de la vie : aucun critère n'est *a priori* susceptible d'exclure par principe une IMG. On peut, de manière un peu caricaturale, imaginer que si le médecin certifie que la femme ne saurait supporter d'avoir un enfant à 9 doigts, il peut légalement déclarer qu'il existe une indication à

³⁸⁴⁴ BÄK, *Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik*, *op. cit.*, p. A-3013.

³⁸⁴⁵ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

l'IMG. Qui plus est, même si le corps médical doit davantage qu'en France prendre en compte l'avis de la femme pour déterminer les critères de la vie bonne, son pouvoir d'appréciation est malgré tout renforcé par la réforme de 1995 puisque désormais la loi ne pose plus aucun critère à la qualification de l'indication fœtale subsumée dans l'indication maternelle. La décision d'IMG est certes strictement personnelle : la loi précise que la consultation relative à l'avortement « *doit être en principe non orienté* »³⁸⁴⁶ et la directive de la Chambre fédérale des médecins de 1998 que « *le médecin doit dans tous les cas respecter la décision de la femme enceinte* »³⁸⁴⁷. Mais la qualification de l'indication demeure une décision médicale. En l'absence d'indication, la seule décision de la femme ne peut pas aboutir à une interruption de grossesse. Si le législateur délègue au corps médical le pouvoir de qualifier l'indication, c'est précisément qu'il n'entend pas laisser la femme enceinte ou le couple décider individuellement d'un recours à l'IMG. Ces derniers ne peuvent d'ailleurs pas contester le refus d'indication du médecin. En effet, si dans un premier temps, le juge pénal a exercé un contrôle sur la manière dont le corps médical qualifiait les indications à l'IMG³⁸⁴⁸, ce n'est plus le cas depuis 1995. En 1995, la Cour fédérale de justice a en effet jugé que « *le juge peut seulement vérifier si la détermination de l'indication semble acceptable, en l'état des connaissances médicales actuelles, au regard des éléments sur la situation de la femme, dont disposait le médecin au moment de l'examen* »³⁸⁴⁹.

1280. Dans les deux pays, le médecin est donc libre de déterminer les anomalies qui sont susceptibles d'ouvrir droit à une IMG et celles qui ne le sont pas. Ce filtre est pensé comme une garantie contre d'éventuelles dérives eugéniques³⁸⁵⁰ et contre les désirs d'« *enfant parfait* »³⁸⁵¹. Cela montre néanmoins bien que l'IMG n'est pas *juridiquement* construite comme une question strictement individuelle. C'est en effet autour d'un contrôle *médical* que sont construits l'IMG, le DPN ou le DPI. Pourtant, lors d'une procédure d'IMG, la décision à prendre n'est pas strictement thérapeutique³⁸⁵² : décider, en cas de malformation corporelle, si l'absence d'une jambe est un

³⁸⁴⁶ §2a SchKG - loi visant à éviter et à lutter contre les conflits de grossesse, 27 juillet 1992.

³⁸⁴⁷ BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitspositionen*, *op. cit.*, p. 66.

³⁸⁴⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

³⁸⁴⁹ BGH, 28 mars 1995 - BGHZ, 129, 178 §13 (jurion) : « *La chambre a cependant accordé un poids important au fait que le §218a alinéa 2 du Code pénal se fonde uniquement sur l'expertise médicale pour la constatation de l'indication. Dans la mesure où cette appréciation n'est pas strictement objective, elle doit par conséquent accorder une certaine marge de manœuvre aux médecins dans la manière dont il pose le diagnostic au regard de tous les éléments pertinents dont ils disposent* ».

³⁸⁵⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁸⁵¹ Pour les craintes relatives à la montée en puissance du mythe de l'enfant parfait, voir notamment, CORPART I., « La santé de l'enfant à naître : vers l'enfant parfait ? », *Médecine et droit*, n° 5, 1995, p. 3 ; SAINTE ROSE J., « Réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé », *Dalloz*, 2001, p. 316 ; FLECHEUX G., « La personne devant le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris », *Dalloz*, 1995, p. 5 ; CANSÉLIER G., « La tentation du néant » *RGDM*, 2000, p. 89 et p. 95 ; FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui - Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013. Voir aussi, Avis du comité consultatif national d'éthique n° 66 du 23 novembre 2000 réponse du CCNE aux saisines du président du Sénat et du président de l'Assemblée nationale sur l'allongement du délai IVG.

³⁸⁵² Voir également, HENNION-JACQUET, P., « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038 : « *Interruption de grossesse improprement nommée médicale.* »

handicap susceptible d'être qualifié d'affection d'une particulière gravité³⁸⁵³ est une opération qui n'est pas essentiellement basée sur des connaissances médicales. Elle renvoie, bien plus largement, à la question de l'acceptation sociale du handicap et à la définition de la normalité³⁸⁵⁴. Cette construction invisibilise toutefois la nature politique de ces choix et la délégation faite au corps médical du pouvoir de définir *bios*. Elle invisibilise également le pouvoir qui lui est attribué pour d'activer, dans certains cas, une normalisation de la vie, une *conversion* de *zoe* en *bios*. D'autant qu'en dernier ressort, c'est bien l'État qui, à des degrés différents en France et en Allemagne, délègue au corps médical un tel pouvoir décisionnel ; c'est donc indirectement le biopouvoir qui apparaît derrière cette tutelle médicale. Pour preuve, les pouvoirs publics appréhendent les dépistages prénatals comme des outils de santé publique. Cela explique rétrospectivement la place importante accordée au corps médical et permet d'encourager (*i.e* de légitimer) la mise en œuvre de ces diagnostics.

B. Des décisions encouragées par des politiques de santé publique

1281. Le recours au DPI, au DPN, voire même à une IMG, peut être lu comme étant implicitement encouragé par la construction de ces questions comme des problématiques de santé publique, particulièrement en France. Cette construction emporte en effet pour conséquence - par-delà ses effets de légitimation politique - le remboursement de ces tests par les systèmes nationaux de Sécurité sociale. Or, de tels remboursements peuvent être lus comme des incitations *financières* à leur mise en œuvre, en France et en Allemagne (1). En toute hypothèse, la construction de ces diagnostics comme des instruments de santé publique soutient, en particulier en France, des processus de *responsabilisation* des individus. Cette responsabilisation peut être perçue comme une certaine forme de l'exercice, en matière sanitaire, d'un biopouvoir : bien qu'aucune contrainte *directe* ne pèse ici sur les individus en matière de normalisation de *zoe*, le régime du DPN apparaît comme fortement incitatif (2).

1. Le cadre de santé publique

1282. Si l'on admet que la prise en charge par la Sécurité sociale d'un soin représente « *un encouragement symbolique et une reconnaissance sociale* »³⁸⁵⁵, on peut en déduire que le DPN est considéré comme une pratique légitime en France. Il n'en va pas de même du DPI, exclu du droit au

³⁸⁵³ Question soulevée par FABRE-MAGNAN M., « Avortement et responsabilité médicale », *RTDciv.*, 2001, p. 285.

³⁸⁵⁴ MEMBRADO M., « La décision médicale entre expertise et contrôle de la demande : les cas des interruptions de grossesse pour motif thérapeutique », *op. cit.*, p. 42.

³⁸⁵⁵ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole*, *op. cit.*, p. 76.

remboursement en France³⁸⁵⁶. Cette prise en charge du DPN peut être interprétée comme une incitation à son utilisation (a) en particulier lorsqu'il s'agit de diagnostiquer une trisomie 21 (b).

a. Les incitations financières au DPN

1283. En Allemagne, et à plus forte raison encore en France, le droit peut-être lu comme encourageant le recours aux diagnostics prénatals. Trois éléments permettent en particulier de mettre en lumière ces mécanismes incitatifs.

1284. En premier lieu, il faut mentionner l'article R2131-10-1 CSP qui dispose que les CDPN ont pour mission « de *favoriser l'accès à l'ensemble des activités de diagnostic prénatal et d'assurer leur mise en œuvre en constituant un pôle de compétences cliniques et biologiques au service des patients et des praticiens* ». Cette disposition indique ainsi que l'accès au DPN est considéré comme assez fondamental pour que sa favorisation soit l'une des missions des CDPN.

1285. En deuxième lieu, le droit français prévoit le remboursement par la Sécurité sociale de la majorité des tests anténatals. L'article R2131-1 CSP prévoit en effet la réalisation possible de huit DPN. Trois sont mis en œuvre, dans un premier temps, pour dépister une éventuelle anomalie. Cinq peuvent être prescrits, dans un second temps, pour approfondir les recherches et invalider (ou confirmer) les doutes mis en lumière par les premiers dépistages. Or, sur ces protocoles de huit tests prévus par le Code, sept sont aujourd'hui remboursés par la Sécurité sociale³⁸⁵⁷.

1286. En troisième lieu, la médicalisation toujours plus importante de la grossesse en France³⁸⁵⁸ conduit le législateur à rendre obligatoire la réalisation de sept examens anténatals³⁸⁵⁹ qui sont eux aussi tous pris en charge par la Sécurité sociale³⁸⁶⁰. Parmi eux, trois échographies doivent

³⁸⁵⁶ Voir le document rédigé par la direction déléguée à la gestion et à l'organisation des soins de la caisse nationale de l'assurance maladie, « Références juridiques, biologie médicale », 2017, p. 238. En Allemagne, il semble que le DPI soit remboursé s'il est prescrit par un médecin. Voir, FURKEL F., « Le corps féminin et la biomédecine en République fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER B., AOUIJ-MRAD A., *Corps de la femme et Biomédecine, op. cit.*, p. 16.

³⁸⁵⁷ Chapitre 2 et 17 de la nomenclature des actes de biologie médicale. Voir aussi, le document rédigé par la direction déléguée à la gestion et à l'organisation des soins de la caisse nationale de l'assurance maladie, « Références juridiques, biologie médicale », 2017, p. 238. Le seul test à ne pas être remboursé est l'examen de l'ADM fœtal dans le sang maternel car bien qu'intégré à la liste des DPN par le décret n° 2017-808 du 5 mai 2017, il n'a encore fait l'objet d'un arrêté d'application.

³⁸⁵⁸ VASSY C., CHAMPENOIS-ROUSSEAU B., « Comment le risque devient une évidence : praticiens, femmes enceintes et dépistage prénatal de la trisomie 21 », *Socioanthropologie*, 29/2014.

³⁸⁵⁹ Article R2122-1 CSP : « Les examens médicaux obligatoires des femmes enceintes prévus à l'article L2122-1 sont au nombre de sept pour une grossesse évoluant jusqu'à son terme » en lien avec Article L2122-1 CSP : « Toute femme enceinte bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte, en particulier, des examens prénatals et postnatals obligatoires pratiqués ou prescrits par un médecin ou une sage-femme ».

³⁸⁶⁰ L160-9 CSS : « La protection sociale contre les risques et conséquences de la maternité couvre l'ensemble des frais médicaux, pharmaceutiques, d'analyse et d'examens de laboratoires, d'appareils et d'hospitalisation relatifs ou non à la grossesse, à l'accouchement et à ses suites, intervenant au cours d'une période définie par décret. Lorsque l'accouchement a lieu avant le début de cette période, l'assurance maternité prend en charge l'ensemble des frais mentionnés ci-dessus à compter de la date d'accouchement et jusqu'à l'expiration de ladite période. La protection sociale contre les risques et conséquences de la maternité couvre également : Les frais d'examens prescrits en application du deuxième alinéa de l'article L2122-1 et des articles L2122-3 et L2132-2 du code de la santé publique ; les autres frais médicaux, pharmaceutiques, d'analyses et d'examens de laboratoires,

notamment être réalisées³⁸⁶¹. La réalisation de ces examens anténatals conditionne même en France le versement des allocations familiales³⁸⁶² et de la prime de naissance³⁸⁶³. Or, l'échographie peut déjà permettre le dépistage d'un certain nombre de malformations physiques, voire de certaines anomalies génétiques, à l'instar de la trisomie 21 (même si, par la suite, la confirmation de ces anomalies peut supposer la réalisation ultérieure d'autres tests génétiques). On peut donc en conclure, qu'en France, l'ordre juridique encourage - *via* des incitations financières -, voire impose, la réalisation de différents types d'examen prénatals. Ces examens sont alors susceptibles de donner des informations sur l'état de santé du fœtus et de conduire ensuite à la réalisation de tests de diagnostics plus approfondis.

1287. Au-delà de la question des incitations financières, on peut encore souligner l'arrêté du 25 janvier 2018. Celui-ci précise qu'en principe la réalisation d'un DPN - en dehors du cas de la trisomie 21 - est conditionnée par des cas de figure précis : antécédent familial, anomalie découverte pendant l'échographie ou autres signes d'appel clinique. Mais la liste, censée encadrer - et donc limiter - le recours au DPN n'est en réalité que faiblement restrictive. En outre, elle s'insère dans un cadre législatif déterminé par l'idée d'une information systématique des femmes enceintes. L'article L2131-1 CSP dispose en effet que « *toute femme enceinte reçoit, lors d'une consultation médicale, une information [...] sur la possibilité de recourir* » à des DPN. La responsabilité du médecin peut même être engagée s'il n'indique pas aux couples la possibilité de recourir à ces diagnostics prénatals³⁸⁶⁴.

1288. Qui plus est, non seulement l'article L2131-1 CSP impose l'information systématique de la femme enceinte quant à la possibilité de recourir à un DPN mais l'échographie peut amener la femme enceinte à procéder à d'autres tests. Or, le CNTE précise en 2005 que l'échographie poursuit un « *objectif de santé publique* » en permettant à la fois de réduire la mortalité et la morbidité prénatale et maternelle, mais également en réduisant l'occurrence de handicaps grâce à la réalisation d'un DPN et d'une IMG³⁸⁶⁵. Il ajoute que « *les buts de l'échographie systématique sont d'identifier au sein*

d'appareils et d'hospitalisation relatifs à la grossesse, à l'accouchement et à ses suites, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale ».

³⁸⁶¹ Article R2122-1 CSP.

³⁸⁶² Article L2122-4 CSP : « *Les organismes et services chargés du versement des prestations familiales sont tenus de transmettre sous huitaine au médecin responsable du service départemental de protection maternelle et infantile l'attestation de passation de premier examen médical prénatal de leurs allocataires* » en relation avec article L2122-1 CSP.

³⁸⁶³ Article L533-1 CSS : « *Le versement de la prime à la naissance est subordonné à la justification de la passation du premier examen prénatal médical obligatoire de la mère prévu en application de l'article L2122-1 du Code de la santé publique* ».

³⁸⁶⁴ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1). Voir sur cette question, l'étude menée par MOYSE D., DIEDERICH N., « *Après l'affaire Perruche, le dépistage prénatal des anomalies à l'épreuve de la judiciarisation* », *Journal de la réadaptation médicale*, 2005, 25, n° 3, p 141.

³⁸⁶⁵ CNTE, *Rapport du Comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal*, 2005, p. 6.

d'une population sans risque particulier, des pathologies cliniquement inapparentes »³⁸⁶⁶. Par le recours obligatoire - ou du moins financièrement encouragé - à l'échographie, le droit poursuit ainsi une finalité de santé publique : diminuer la production de la vie handicapée³⁸⁶⁷ et partant limiter la production de *zoe* en faveur de *bios*.

1289. Par ailleurs, en Allemagne, l'ancienne directive de la Chambre fédérale des médecins de 2006, insistant sur les problèmes éthiques que soulève le DPN, mentionne le « *conflit qui surgit [alors] entre d'un côté le souhait des parents d'avoir un enfant en bonne santé et la nécessaire protection de la vie à naître* »³⁸⁶⁸. Par ce biais, le texte rappelle donc l'existence d'un droit à la vie. Toutefois, il reconnaît également, simultanément, la légitimité du « *souhait des parents d'avoir un enfant en bonne santé* ». Il met donc en concurrence ces deux intérêts, alors même qu'il n'existe en principe en droit positif aucun droit subjectif à avoir un enfant en bonne santé. Par conséquent, les deux intérêts mentionnés n'ont en principe pas la même valeur juridique. Pourtant, la directive en fait implicitement des intérêts concurrents, légitimant ainsi la pratique des diagnostics prénatals. Qui plus est, depuis 1976³⁸⁶⁹, le DPN fait partie des prestations prises en charge par le §24a du livre 5 du Code de la Sécurité sociale allemande³⁸⁷⁰. Cette disposition législative est complétée par une directive - contraignante - de l'association fédérale des caisses maladie sur le suivi de la grossesse. Elle précise la liste des mesures prises en charge par la Sécurité sociale³⁸⁷¹ : il s'agit notamment des examens et des consultations nécessaires au bon déroulement de la grossesse ainsi qu'au dépistage précoce de grossesses ou d'accouchements à risques. À ces fins, toute une série de mesures est prise en charge par la Sécurité sociale, telles que l'échographie, l'amnioscopie ou la cardiographie³⁸⁷².

1290. Ces différentes mesures incitatives - et en particulier leur remboursement - sont toutes justifiées par un objectif de santé publique. En France, le DPN, le DPI et l'IMG sont ainsi réglementés par le Code de la *santé publique*. Le DPN et le DPI sont plus précisément présentés par le Code comme des « *actions de prévention concernant l'enfant, l'adolescent et le jeune adulte* »³⁸⁷³ tandis que le DPI, même s'il n'est pas remboursé, est appréhendé comme « *un dispositif médical de diagnostic in vitro*

³⁸⁶⁶ *Ibid.*

³⁸⁶⁷ ARDUIN P.O., « La France au péril d'un retour de l'eugénisme ? L'exemple du diagnostic prénatal de la trisomie 21 », *Éthique et santé*, 2009, n° 6, p. 187.

³⁸⁶⁸ BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitspositionen*, *op. cit.* p. A3238.

³⁸⁶⁹ Schlussbericht der Ethikkommission, *Recht und Ethik*, *op. cit.*, p. 154.

³⁸⁷⁰ §24d SGB V : « *l'assurée a, pendant sa grossesse, pendant l'accouchement et après, droit à une assistance médicale ainsi qu'à une sage-femme, qui comprend les examens relatifs à la constatation d'une grossesse, aux soins nécessaires à la poursuite de cette grossesse, un droit à une sage-femme lors de ses couches pendant 12 semaines après l'accouchement ; d'autres demandes nécessitent une prescription médicale* ».

³⁸⁷¹ BaAK, *Richtlinien über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung*, 27 mars 1986, modifiée en dernier lieu le 21 avril 2016.

³⁸⁷² *Ibid.*, p. 3.

³⁸⁷³ Partie 2 CSP, Titre III : « Actions de prévention concernant l'enfant, l'adolescent et le jeune adulte ».

réglémenté dans l'intérêt de la santé publique»³⁸⁷⁴. L'interruption de grossesse pour indication fœtale rentre, quant à elle, dans la catégorie des interruptions de grossesse réalisées pour *motifs médicaux* et jouit à ce titre d'un ancrage thérapeutique. Le conditionnement des allocations familiales au bon respect par la femme enceinte de la surveillance médicale de la grossesse est également justifié par un objectif de santé publique, comme l'énoncent une circulaire du 8 décembre 1985 et un décret de 1992³⁸⁷⁵. Ainsi, le paradigme de santé publique structure et légitime ces mesures et leur remboursement. Ce remboursement assoit à son tour la légitimité de ces mesures et renforce leur ancrage en termes de santé publique. En Allemagne, le DPN et le DPI sont principalement réglémentés par des directives - plus ou moins contraignantes - du corps médical³⁸⁷⁶. Même si la dimension *collective* de ces tests n'est pas mise en avant par les pouvoirs publics, leur prise en charge par la Sécurité sociale indique malgré tout qu'il s'agit de pratiques appréhendées sous l'angle de la santé publique et à ce titre encouragées par les pouvoirs publics, particulièrement en ce qui concerne la trisomie 21.

b. L'exemple de la trisomie 21

1291. La trisomie 21 semble particulièrement emblématique de la mesure dans laquelle l'action des pouvoirs publics en matière de DPN peut être lue comme incitative. Tout d'abord, comme le soulignent le CCNE³⁸⁷⁷ et le Conseil d'État³⁸⁷⁸, le dépistage de la trisomie 21 est systématiquement proposé aux futurs parents. L'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21 dispose que « *lors de la consultation médicale prévue à l'article R. 2131-2 du code de la santé publique, toute femme enceinte, quel que soit son âge, est informée de la possibilité de recourir à un dépistage combiné permettant d'évaluer le risque de trisomie 21 pour l'enfant à naître* »³⁸⁷⁹. Il est ainsi désormais proposé à *chaque* femme un dépistage de la trisomie 21, conformément aux recommandations du CCNE dès 1993³⁸⁸⁰.

³⁸⁷⁴ Partie 5 CSP, Livre II : « Dispositifs médicaux de diagnostic in vitro et autres produits et objets réglémentés dans l'intérêt de la santé publique ».

³⁸⁷⁵ Circulaire du 8 décembre 1985 : « *Signalement dans les 8 jours après le délai de tolérance afin de respecter l'objectif visé de santé publique. C'est les attestations du médecin qui conditionnent le versement des indemnités* » ; décret n° 92-143 du 14 février 1992 relatif aux examens obligatoires prénuptial, pré et postnatal : « *Ces examens assurent la bonne santé de la femme enceinte et permettent de prévenir d'éventuelles complications pendant la grossesse et l'accouchement* ».

³⁸⁷⁶ Il y a certes la loi allemande de 1992 sur les conflits de grossesses qui régleme indirectement la question mais elle ne s'occupe que de la question de la consultation et elle place également le médecin au cœur de ce mécanisme (§2a SchKG).

³⁸⁷⁷ CCNE, Avis n° 107, *Les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire*, *op. cit.*, p. 5.

³⁸⁷⁸ CE, *Révision des lois bioéthiques : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 172.

³⁸⁷⁹ Article 1 de l'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostics prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21.

³⁸⁸⁰ CCNE, Avis n° 37, *Le dépistage du risque de la trisomie 21 fœtale à l'aide de tests sanguins chez les femmes enceintes*, 22 juin 1993.

1292. Ce dépistage est réalisé grâce à l'échographie qui permet notamment de mesurer la clarté nucale du fœtus et grâce à des tests sanguins. En fonction des résultats obtenus, le risque que le fœtus soit atteint de la trisomie 21 est mesuré en termes de probabilité. Si le chiffre obtenu laisse supposer un risque élevé, une amniocentèse - c'est-à-dire un test invasif - est proposée à la patiente afin que le diagnostic de la trisomie 21 soit confirmé ou infirmé. Il importe néanmoins de souligner ici que les critères permettant le remboursement de l'amniocentèse ont varié au fil du temps. En France, cet examen n'était, dans un premier temps, prescrit que pour les couples qui avaient déjà un enfant trisomique³⁸⁸¹. Cette orientation était liée au fait que, lorsque les parents avaient déjà eu un premier enfant trisomique, le risque que le second soit également atteint de cette maladie était assez élevé : proche de 1%. Les médecins opéraient alors un dépistage *in utero* sur le second fœtus du couple³⁸⁸². Ils répondaient à la demande de DPN des parents car elle apparaissait justifiée par un risque *réel* et *concret*. Cependant, dans un second temps, on a observé que ce risque de 1% était statistiquement le même pour les femmes de plus de 40 ans. En 1977, la Sécurité sociale décidait alors de prendre en charge les amniocentèses pratiquées sur toutes les femmes de plus de 40 ans³⁸⁸³. Dans un troisième temps, la limite d'âge est abaissée à 38 ans³⁸⁸⁴. Depuis la fin des années 1990, les examens de biochimie portant sur les marqueurs sériques maternels sont également pris en charge par la Sécurité sociale³⁸⁸⁵. Depuis la généralisation des tests réalisés sur les marqueurs sériques, la procédure est la suivante : à la suite d'une échographie - qui permet de mesurer la clarté nucale du fœtus - et de l'analyse des marqueurs sériques, le risque de trisomie est calculé. À première vue, le recours aux marqueurs sériques limite donc le recours à l'amniocentèse ; mais cette limite n'est toutefois qu'apparente. En effet, si le risque est supérieur à 1/250³⁸⁸⁶, la femme se voit alors prescrire une amniocentèse prise en charge par la Sécurité sociale³⁸⁸⁷. Une amniocentèse est donc aujourd'hui prescrite dans trois cas : si la femme est âgée d'au moins 38 ans, en cas d'antécédents familiaux³⁸⁸⁸ ou si le risque calculé (échographie + marqueurs) est supérieur à 1/250. Depuis les

³⁸⁸¹ MATTÉI J.F., *Les droits de la vie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 63.

³⁸⁸² MATTÉI J.F., « Trisomie 21 : naître ou ne pas naître », *ETVDES*, juin 1997, p. 751 ; BACHELARD-JOBARD C., *L'engénisme, la science et le droit, op. cit.*, p. 125.

³⁸⁸³ BACHELARD-JOBARD C. *L'engénisme, la science et le droit, op. cit.*, p. 125.

³⁸⁸⁴ Arrêté du 29 octobre 1991, JO, n° 267, 16 novembre 1991, p. 14952.

³⁸⁸⁵ Arrêté du 23 janvier 1997 modifiant l'arrêté du 3 avril 1995 fixant la nomenclature des actes de biologie médicale, JO, 26 janvier 1997 confirmé par un arrêté du 11 février 1999 modifiant l'arrêté du 3 avril 1985 fixant la Nomenclature des actes de biologie médicale. En effet, désormais, le dépistage de la trisomie 21 n'est plus seulement possible par la combinaison d'une échographie et d'une amniocentèse mais grâce à la combinaison de l'échographie avec des examens de biochimie portant sur les marqueurs sériques maternels qui sont non-invasifs.

³⁸⁸⁶ Annexe de l'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostics prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21 : « Il est proposé à la femme enceinte de faire une démarche diagnostique dès lors que son risque d'avoir un enfant atteint de trisomie 21 s'avère, après calcul, supérieur ou égal à 1/250 au moment du prélèvement ».

³⁸⁸⁷ Arrêté du 25 novembre 2004 modifiant l'arrêté du 3 avril 1985 fixant la nomenclature des actes de biologie médicale.

³⁸⁸⁸ Annexe de l'arrêté du 23 juin 2009 fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21 : « Il est proposé à la femme enceinte de faire une démarche

années 1990, la trisomie est ainsi systématiquement dépistée. En raison de cette généralisation, voire de cette systématisation, du dépistage, le nombre d'amniocentèses a augmenté de manière importante en France puisqu'il a été multiplié par 5 en 20 ans³⁸⁸⁹.

1293. Plus récemment encore, depuis les années 2010, le diagnostic de la trisomie 21 est également rendu possible par le biais du diagnostic prénatal non invasif (DPNI), c'est-à-dire l'analyse de l'ADN fœtal circulant dans le sang maternel. Cette pratique est autorisée par le décret n° 2017-808 du 5 mai 2017. Il s'agit d'un test non invasif dont la réalisation est encore plus fiable que l'examen des marqueurs sériques³⁸⁹⁰. La procédure généralement mise en œuvre est la suivante : les femmes continuent d'être, dans un premier temps, testées par le biais d'une échographie et de l'analyse des marqueurs sériques. En revanche, dans un second temps, en fonction du résultat obtenu, la suite de la procédure peut varier. Si le risque est supérieur à 1/50, une amniocentèse est prescrite. En revanche, si le risque est majeur (entre 1/50 et 1/250) ou intermédiaire (1/250 à 1/1000) c'est par le biais du DPNI que les résultats sont approfondis³⁸⁹¹. *Prima facie*, cette nouvelle stratégie permet donc un dépistage plus efficace de la trisomie 21. Toutes les femmes obtenant un résultat compris entre 1/250 et 1/1000 peuvent désormais être testées, alors que tel n'était pas le cas auparavant. Quant aux cas dans lesquels la probabilité que le fœtus soit affecté se situe entre 1/50 et 1/250, le recours à test invasif est désormais évité. Ainsi, selon les termes du Conseil d'État, le DPNI est « *plus efficace et moins [dangereux] qu'une action de dépistage déjà systématiquement proposée sous une autre forme et il ne réduit pas le libre choix des couples qui peuvent le refuser. Elle permet en outre de diminuer l'anxiété des mères par une diminution des faux-positifs et, le cas échéant, de réaliser des IMG plus précoces, donc moins traumatisantes* »³⁸⁹². En effet, dans les cas où le DPNI conduirait à confirmer les doutes relatifs à l'existence d'une trisomie 21, l'amniocentèse demeure prescrite car elle seule permet de confirmer - avec certitude - le diagnostic de trisomie 21³⁸⁹³. Par conséquent, la pratique du DPNI conduit à augmenter le nombre de femmes testées. Par conséquent, certains scientifiques considèrent, contrairement à ce qu'indique le Conseil d'État³⁸⁹⁴,

diagnostique dès lors que son risque d'avoir un enfant atteint de trisomie 21 s'avère, après calcul, supérieur ou égal à 1/250 au moment du prélèvement ».

³⁸⁸⁹ HAS, *Évaluation des stratégies de dépistage de la Trisomie 21 - Recommandation en santé publique*, juin 2007 ; BÄK, *Richtlinie zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, *op. cit.*, p. A3236. La Chambre fédérale des médecins note également en 1997 une augmentation importante du nombre d'amniocentèses réalisées.

³⁸⁹⁰ CE, *Révision des lois bioéthiques : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 172 : « *À seuil de risque équivalent, l'analyse de l'ADN fœtal peut permettre, avec une fiabilité très forte (>99%) et très peu de faux-positifs, de limiter les DPN invasifs* ».

³⁸⁹¹ HAS, *Trisomie 21 : la HAS actualise ses recommandations concernant le dépistage prénatal de la trisomie 21*, 17 mai 2017.

³⁸⁹² CE, *Révision des lois bioéthiques : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 171.

³⁸⁹³ NORTON M.E., JACOBSSON B., SWAMY G.K., N ENG J., « *Le TGI peut éviter des amniocentèses illégitimes* », *Revue francophone des laboratoires*, n° 472, mai 2015, p. 21.

³⁸⁹⁴ CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 173 : « *À seuil de risque équivalent, l'analyse de l'ADN fœtal peut permettre, avec une fiabilité très forte (>99%) et très peu de faux-positifs, de limiter les DPN invasifs aux seuls prélèvements non*

que l'accumulation des tests non invasifs aboutit en réalité à augmenter nettement le nombre d'amniocentèses « *induisant [alors] de nombreuses pertes fœtales évitables* »³⁸⁹⁵. En effet, l'amniocentèse est susceptible d'entraîner des fausses couches (dans approximativement 1% des cas³⁸⁹⁶). Il n'en reste pas moins que, même si le DPNI n'est pas encore pris en charge par la Sécurité sociale, son utilisation est fortement recommandée par la HAS³⁸⁹⁷.

1294. En Allemagne, une extension similaire des indications peut s'observer, même si le cadre légal est moins étoffé qu'en France et que l'absence de suivi des pratiques médicales par une agence nationale, telle que l'ABM, rend plus difficiles à la fois l'accès à des données chiffrées et l'examen de la mise en œuvre concrète de ces pratiques³⁸⁹⁸. La directive de la Chambre fédérale des médecins qui encadre les bonnes pratiques en matière de DPN étend, elle aussi, peu à peu, les indications susceptibles d'ouvrir droit à une amniocentèse. Ainsi, en 1980, l'amniocentèse ne pouvait être réalisée que sur une indication liée à l'âge de la femme, qui devait être supérieur à 38 ans³⁸⁹⁹. En 1987, l'âge est baissé à 35 ans³⁹⁰⁰ ; et en 1998, la limite d'âge disparaît³⁹⁰¹. En Allemagne, la prise en compte de différents facteurs de risque ainsi que l'indication psychologique permettent la prescription d'une amniocentèse. Ainsi, lorsque la femme craint d'accoucher d'un enfant handicapé et que cette angoisse est telle que cela nuit à son bien-être psychologique, une amniocentèse peut être prescrite³⁹⁰² et remboursée par la Sécurité sociale³⁹⁰³. Même si le dépistage par marqueurs sériques n'est pas remboursé par la Sécurité sociale - ce que certains auteurs jugent incohérent au regard du cadre général qui prend en charge l'amniocentèse et l'IMG³⁹⁰⁴ - la trisomie 21 fait l'objet d'un dépistage croissant par le biais du DPNI pratiqué en Allemagne depuis 2012. Outre-Rhin, de nombreux auteurs contestent sa mise en œuvre exponentielle³⁹⁰⁵ (estimée à plus de 10 000 cas par

interprétables avec cette méthode (soit 5% du total) : au total, 20 000 femmes sont susceptibles d'être exemptées d'examen invasifs alors même que le taux de détection se trouverait amélioré de 15% ».

³⁸⁹⁵AUDIBERT F., MAIROVITZ V., FRYDMAN R., « Les alternatives à l'amniocentèse pour âge maternel », *Gynécologie obstétrique fertilité*, 2002, 30, 562 - 6, 2002, p. 562.

³⁸⁹⁶ BÄK, *Richtlinie zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, *op. cit.*, p. A3236.

³⁸⁹⁷ HAS, *Trisomie 21 : la HAS actualise ses recommandations concernant le dépistage prénatal de la trisomie 21*, 17 mai 2017.

³⁸⁹⁸ Voir sur ce point, *Schlussbericht der Enquete-Kommission, Recht und Ethik*, *op. cit.*, p. 157.

³⁸⁹⁹ BÄK, *Richtlinie zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, *op. cit.*, p. A3236.

³⁹⁰⁰ BÄK, *Pränatale Diagnostik*, *op. cit.*, p. 574.

³⁹⁰¹ BÄK, *Richtlinie zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen*, *op. cit.*, 1998. : « *Le respect, pour les tests prénatals invasifs, d'une stricte limite d'âge de la femme enceinte, en tant qu'indication médicale [...] est abandonné* ».

³⁹⁰² *Schlussbericht der Ethikkommission, Recht und Ethik*, *op. cit.*, p. 73.

³⁹⁰³ BaAK, *Richtlinien über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung*, *op. cit.*, p. 3.

³⁹⁰⁴ ROLFS/GIESEN/KREIKEBOHM/UDSCHING, *Sozialrecht*, BeckoK, §24d, 01 juin 2018.

³⁹⁰⁵ HEINRICHS B., SPRANGER M., TAMBORNINO L., « Ethische und rechtliche Aspekte der pränatalen Diagnostik », *MedR*, 2012, p. 625 ; LÜBBE W., « Problem der behindertenselektion bei der PND und PID », *Ethik in der Medizin*, 2003, p 203 ; GÄRDITZ F., *Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnoseprodukts "Praenatest"*, 2012. Pour un avis favorable à la pratique du DPNI HUFEN F., « Verfassungsrechtliche Bedenken gegen frühe PND », *MedR*, 2017, p. 277.

an en 2014³⁹⁰⁶) et fortement encouragée par les pouvoirs publics qui ont subventionné la recherche et le développement de ces tests à hauteur de 230 000 €³⁹⁰⁷.

1295. Par ailleurs, la pratique du DPNI soulève d'autres difficultés. En raison de la très haute sensibilité de ces tests, ces derniers permettent également d'apporter un grand nombre d'informations supplémentaires sur le génome du fœtus³⁹⁰⁸. Ils permettent à un stade très précoce de découvrir d'autres aneuploïdies - c'est-à-dire de cellules n'ayant pas le bon nombre de chromosomes - ou d'autres affections. La pratique du DPNI élargit alors le cadre du DPN - initialement pensé comme ne devant permettre que de découvrir les « *affections d'une particulière gravité* »³⁹⁰⁹. Cette extension risque alors de « *prédestiner le futur enfant sur la base de ses caractéristiques génétiques* »³⁹¹⁰, ce qui est d'autant plus problématique que la découverte de ces caractéristiques génétiques se fait souvent dans les 12 premières semaines de grossesse, ce qui laisse alors à la femme enceinte la possibilité d'interrompre sa grossesse sous le régime de l'IVG. Si, en France, le Conseil d'État recommande de « *n'autoriser à dépister que les maladies d'une particulière gravité* », certaines cliniques privées proposent déjà aux futurs parents une cartographie du génome de l'enfant à naître³⁹¹¹. Même si l'extension du DPNI n'est pas expressément autorisée par la loi, il est possible de considérer qu'il est la conséquence inévitable de l'extension systématique du DPN en matière de trisomie 21. Plus généralement, il est l'une des conséquences de son encouragement par les pouvoirs publics : « *On quittait la médecine individuelle répondant à la demande spécifique de chaque couple pour entrer dans une médecine collective, allant au-devant d'un risque a priori chez des femmes qui parfois ne s'étaient même pas interrogées* »³⁹¹². En effet, en France, comme en Allemagne, on peut observer que le dépistage de la trisomie 21 s'étend ainsi de manière importante depuis une trentaine d'années³⁹¹³. En France et en Allemagne, l'extension du dépistage de la trisomie 21 favorise une normalisation *indirecte* du vivant. En effet, l'indication de trisomie 21 ouvre toujours droit à une IMG et, dans la grande majorité des cas, le couple refuse effectivement la poursuite de la grossesse³⁹¹⁴.

³⁹⁰⁶ STRECKENBACH K., « 10000 umstrittenen Trisomie Tests in Deutschland », *Die Welt*, 15 mars 2014.

³⁹⁰⁷ HEINRICHS B., SPRANGER M., TAMBORNINO L., « Ethische und rechtliche Aspekte der pränatalen Diagnostik », *op. cit.*, p. 625.

³⁹⁰⁸ *Ibid.*

³⁹⁰⁹ CE, *Révision de la loi bioéthique quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 174.

³⁹¹⁰ *Ibid.*

³⁹¹¹ *Ibid.*, p. 173 se référant à THIEL M.J., « L'essor des techniques de dépistage prénatal - des questions d'éthique biomédicale et politique », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2017/5, n° 297. Ils donnent pour exemple l'hôpital américain de Paris. Se pose alors la question de la légalité de ces pratiques dans un système avant tout basé sur des agréments et autorisations préalables.

³⁹¹² MATTÉI J.F., « Trisomie 21 : naître ou ne pas naître », *op. cit.*, p. 751.

³⁹¹³ Schlussbericht der Ethikkommission, *Recht und Ethik*, *op. cit.*, p. 73.

³⁹¹⁴ Voir, ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaine en France*, 2013 : En 2012, seuls 4% des couples ont choisi la poursuite de la grossesse.

1296. Ainsi, dans les deux pays, c'est la recherche d'un risque éventuel que rien ne permettait de pressentir *a priori* qui est proposée à toutes les femmes. Cette extension est le fruit d'une politique incitative réalisée notamment par le biais des dispositions relatives à la Sécurité sociale. En effet, en France et en Allemagne, le déploiement d'une politique publique de dépistage de la trisomie 21 se fait tout d'abord de manière indirecte - biopolitique - par le biais d'une prise en charge toujours plus importante du DPN de la trisomie 21. On peut dès lors penser que la normalisation se réalise désormais par des mécanismes de contrôle social plus diffus, à l'instar des incitations financières ou médicales, la HAS recommandant aux médecins - malgré l'absence de prise en charge par la Sécurité sociale - la mise en œuvre du DPNI relatif à l'analyse de l'ADN fœtal. Notons, en ce sens que, même si le DPNI n'est actuellement pas remboursé³⁹¹⁵, il est toutefois hautement probable que ces tests soient bientôt pris en charge par la Sécurité sociale³⁹¹⁶.

1297. Ces différents éléments - leur ancrage médical comme leur remboursement - tendent donc à inscrire le dépistage de la trisomie 21 dans une politique de santé publique. En ce sens, l'Agence française de la biomédecine se félicite de l'existence « *d'une politique publique de dépistage de la trisomie 21* »³⁹¹⁷ en France. Cette politique fonctionne également par le biais d'incitations fondées non pas seulement sur l'économie mais également sur des techniques de *responsabilisation* de l'individu-patient.

2. Les mécanismes de responsabilisation

1298. Le cadrage théorique fondé sur le biopouvoir permet ici de mettre en lumière la mise en œuvre par le droit de mécanismes de *responsabilisation* des individus qui tendent à les inciter à la réalisation d'un DPN. L'inclusion de ces diagnostics dans les politiques de santé publique tend en effet à véhiculer le discours de politique sanitaire selon lequel le comportement *responsable* à adopter en matière de « prévention » est celui qui permettra de dépister *in utero* d'éventuelles anomalies fœtales. Une décision de 2009 de la Cour administrative d'appel de Paris illustre tout particulièrement les processus de *responsabilisation* en œuvre en matière de DPN en France (a),

³⁹¹⁵ Pour l'Allemagne, voir les recommandations de la Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurances maladie : BaAK, *Einleitung des Beratungsverfahrens - Nicht-invasive Pränataldiagnostik zur Bestimmung des Risikos autosomaler Trisomien 13, 18 und 21 mittels eines molekulargenetischen Tests für die Anwendung bei Risikoschwangerschaften im Rahmen der Mutterschafts-Richtlinien gemäß §135 Absatz 1 Satz 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch*, 18 août 2016.

³⁹¹⁶ En Allemagne, la Sécurité sociale a dans un premier temps refusé le remboursement, refusant d'encourager des pratiques « eugéniques » (ROLFS/GIESEN/KREIKEBOHM/UDSCHING, *Sozialrecht*, BeckoK, §24d, 01 juin 2018). Cependant, la question est actuellement activement débattue : FREIHEIR VON ULMENSTEIN U., « Nicht-invasive PND als GKV Leistung - Medizinische, ethische und rechtliche Fragen », *MedR*, 2018, p. 680.

³⁹¹⁷ ABM, *État des lieux du diagnostic prénatal en France*, Saint-Denis, 2008. En Allemagne, c'est la Chambre fédérale des médecins qui préconise l'extension progressive des indications relatives au diagnostic de la trisomie 21.

surtout lorsqu'elle est analysée à l'aune de son contexte social et politique, similaire en France et en Allemagne (b).

a. Recourir au DPN : le comportement responsable à adopter en France

1299. Bien qu'elle semble *a priori* relativement isolée, une décision de la Cour administrative d'appel de Paris de 2009 mérite d'attirer l'attention, tant elle est riche d'enseignements sur l'apparition d'un discours - en l'espèce juridictionnel - qui, dans le champ de la santé, repose sur l'idée selon laquelle il appartient aux individus d'adopter des comportements responsables en matière de DPN. En l'espèce, la requérante était une femme qui avait déjà réalisé une première IMG lors d'une précédente grossesse, après qu'on lui ait révélé que le fœtus était atteint du gène de la myopathie de Duchenne (maladie génétique qui provoque une dégénérescence progressive). À la suite de cette IMG, elle avait demandé à un généticien si elle était porteuse du gène de cette maladie. Il lui fut répondu en 1992 qu'« *actuellement, avec notre expérience, ce résultat nous permet de dire qu'ils n'étaient pas atteints de myopathie de Duchenne. Cela signifie donc que la mutation n'est pas sur le gène recombiné 162 et que vous n'êtes pas conductrice* »³⁹¹⁸. Pourtant, à la suite d'une nouvelle grossesse, en 1995, elle donne naissance à un enfant atteint d'une myopathie. Elle intente alors une action en responsabilité contre l'Assistance publique des Hôpitaux de Paris. Le tribunal administratif comme la Cour administrative d'appel de Paris rejetèrent sa demande³⁹¹⁹. La Cour administrative d'appel estime en effet que le généticien n'a pas commis de faute en lui indiquant qu'elle n'était pas conductrice du gène car il avait tempéré son propos en indiquant qu'il s'agissait d'informations dont il disposait au « *regard des données de la science* »³⁹²⁰ au moment de son analyse. En outre, le juge considère qu'il n'existe pas de lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice³⁹²¹, dès lors que le couple avait « *expressément refusé tout diagnostic anténatal, examen fortement indiqué du fait des antécédents familiaux de l'intéressée alors qu'il est certain que les progrès des connaissances en méthodes d'exploration génétique auraient permis en 1995 d'établir un diagnostic prénatal exact de la myopathie de Duchenne* »³⁹²². Sur ce point, on peut toutefois s'étonner que « *le refus de Mme L. de se soumettre en 1995 à un diagnostic prénatal (après, rappelons-le, qu'on lui avait dit en 1992 qu'elle n'était "pas conductrice" de la*

³⁹¹⁸ CAA Paris, 6 octobre 2008, n° 07PA03630.

³⁹¹⁹ *Ibid.* Sur l'absence de faute en raison des limites des connaissances scientifiques antérieures, voir aussi CA Nîmes 24 mai 2018, n° 1503810.

³⁹²⁰ *Ibid.* : « *Considérant, en premier lieu, que si le docteur Y, saisi de l'interprétation à donner des résultats de l'examen pratiqué en 1989, indiquait le 28 octobre 1992 à la requérante par la lettre précitée qu'elle n'était pas conductrice du gène responsable de la myopathie de Duchenne, cette opinion s'inscrivait toutefois, ainsi que le révèle les termes mêmes de ce courrier, dans une analyse comportant un double tempérament tiré, d'une part, de ce que ce résultat correspondait aux données de la science médicale en 1992, d'autre part, de ce que l'évolution prévisible desdites données médicales, étaient susceptibles de vérifier le raisonnement alors émis.* »

³⁹²¹ *Ibid.*

³⁹²² *Ibid.*

maladie de Duchenne !) puisse être ainsi aussi négativement exploité par le juge »³⁹²³. En effet, le juge semble sous-entendre ici que la femme est fautive d'avoir refusé le DPN, et ce, alors même qu'elle avait préalablement demandé si elle n'était pas conductrice du gène de la myopathie. Elle aurait donc commis une faute en n'adoptant pas le comportement qui peut être celui normalement attendu d'une personne diligente et soucieuse de veiller à sa sécurité : à savoir refaire en toute hypothèse un DPN. Elle semble qu'elle n'a en effet pas respecté les standards du comportement *responsable* en matière procréative, ce qui n'est pas sans rappeler, sous une forme renouvelée, l'idée du « *fameux bon père de famille* »³⁹²⁴ et les standards de précaution qu'il emporte. En d'autres termes, la requérante est jugée fautive de ne pas avoir adopté un comportement *responsable*³⁹²⁵, injonction biopolitique par excellence en matière sanitaire³⁹²⁶. Cette décision, à replacer dans un contexte social qui tend à faire peser sur les parents la *bonne* naissance de leur enfant, peut alors être vue comme mettant en œuvre, de manière diffuse et latente, un processus de *responsabilisation*. Ce processus incite les parents à *planifier* l'arrivée de l'enfant - voire à *normaliser* sa naissance - en anticipant et en évitant, ses éventuelles anomalies génétiques.

b. Un contexte social enclin à encourager la responsabilisation

1300. La mise en œuvre de techniques de *responsabilisation* par le droit et le corps médical a déjà été mise en lumière lorsque nous avons étudié la construction du cadre juridique de la contraception³⁹²⁷. On a alors suggéré que, lorsque, historiquement, la contraception avait été autorisée, c'était notamment dans le but de permettre aux couples de *planifier* de manière responsable la naissance d'un enfant : en s'assurant notamment que les meilleures conditions possible - affectives, économiques ou sociales - entoureraient sa naissance. Une partie de l'argumentation au soutien de la libéralisation de la contraception prenait en effet appui sur l'idée selon laquelle un enfant désiré aurait plus de chances de « *grandir sainement* »³⁹²⁸ qu'un enfant non désiré. Lors des débats parlementaires de l'époque, on observait par exemple que, même en matière d'IVG, le comportement jugé *responsable* était parfois celui qui conduisait une femme à interrompre

³⁹²³ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage », *AJDA*, 2009, p. 216.

³⁹²⁴ GORNY A., « La faute de la victime en droit de la santé : où en est-on en 2008 ? », *Gazette du palais*, 2 octobre 2008, p. 5.

³⁹²⁵ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁹²⁶ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1).

³⁹²⁷ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

³⁹²⁸ En ce sens, le rapport du gouvernement sur la santé : BT, Gesundheitsbericht, 18 décembre 1970, Drucksache 6/1667, p. 77. Voir aussi, les débats parlementaires et notamment, BT, 33^{ème} séance, 17 mai 1973, Focke, p. 1827 : « *Les enfants non désirés ne commencent pas leur vie avec les mêmes chances de succès qu'un enfant désiré et qu'il faut penser à la vie misérable qu'on les enfants qui n'ont pas été voulus* ».

sa grossesse lorsque les conditions permettant la *bonne* naissance de l'enfant n'étaient pas réunies³⁹²⁹. Dans ce cadre, la *responsabilisation* jouait déjà au soutien de la normalisation de la vie à naître. Mais cette exigence de normalisation devient de plus en plus forte à mesure que les techniques médicales se développent. En ce sens, certains travaux historiques et sociologiques montrent que depuis le 18^{ème} siècle les parents sont progressivement considérés comme responsables du succès - ou des échecs - de leur enfant³⁹³⁰ et que les technologies de planification familiale renforcent progressivement l'injonction parentale à la réussite de l'enfant³⁹³¹. Avec le développement des nouvelles techniques médicales dans le champ de la reproduction, telles que la contraception, l'IVG ou l'AMP, les parents ne sont plus seulement jugés responsables de l'éducation de l'enfant mais également des conditions qui entourent sa naissance. Au-delà de la contraception, de l'IVG ou de l'AMP, les diagnostics prénatals constituent un instrument particulièrement adapté à l'optimisation maximum des chances de bon développement de l'enfant. Ainsi, lors des débats parlementaires relatifs aux lois bioéthiques françaises de 1994, certains sénateurs soulignent que « *si le désir de qualité de l'enfant se développe à proportion de la difficulté à l'obtenir, l'eugénisme est inscrit au cœur même de la fécondation in vitro : on ne peut concevoir que le fruit d'un acte de laboratoire soit porteur d'imperfections* »³⁹³². Désormais, puisque les parents disposent de la possibilité d'améliorer le patrimoine génétique de l'enfant, ils risquent d'être socialement stigmatisés s'ils ne le font. Le CCNE souligne, en ce sens en 2009, que « *pour la majorité de nos contemporains, il ne paraît pas raisonnable de garder un enfant en gestation dont on sait par avance qu'il sera gravement malade tout au long de sa vie* »³⁹³³. Une sociologue allemande, Elisabeth BECK GERNESHEIM, constate ainsi que « *les parents sont pris au piège par les exigences sociétales qui leur imposent de favoriser les chances de l'enfant dès sa conception* »³⁹³⁴. Lors des débats des années 1990, certains parlementaires s'inquiétaient d'ailleurs de ce que l'autorisation du DPN risquait de constituer une incitation pour les couples à y recourir, sous peine d'être stigmatisés ou jugés responsables de la naissance d'un enfant handicapé. En ce sens, Christine BOUTIN craignait « *que le recours aux techniques normatives ne devienne une incitation s'il est majoritairement souhaité et décidé : vous n'avez pas accepté le contrôle de vos œufs, la société ne peut pas couvrir les*

³⁹²⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

³⁹³⁰ BECK-GERNSHEIM E., *Was kommt nach der Familie ? Einblicke in neue Lebensformen*, München, C.H. Beck, , 1993, p. 110.

³⁹³¹ *Ibid.*, p. 116.

³⁹³² Propos de Bernard Seillier cités par MÉMETEAU G., « L'embryon législatif », *op. cit.*, p. 455.

³⁹³³ CCNE, Avis n° 107, *Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire*, *op. cit.*, p. 13.

³⁹³⁴ Pour une critique de cette injonction, voir notamment HABERMAS J., *L'avenir de la nature humaine, vers un eugénisme libéral*, *op. cit.* ; BECK-GERNSHEIM E., *Was kommt nach der Familie ? Einblicke in neue Lebensformen*, *op. cit.*, p. 119.

dépenses consécutives à votre comportement irresponsable »³⁹³⁵. Or, l'arrêt de la CAA de Paris en 2008 fait en partie écho à ces craintes³⁹³⁶. En effet, ce que

« véhicule le présent arrêt, c'est l'idée selon laquelle le refus de la requérante de se prêter à un DPN qui aurait vraisemblablement pu aboutir à une IMG, rompt la causalité entre le conseil génétique et le préjudice résultant de la naissance d'un enfant gravement malade, en optant pour une conception potentiellement culpabilisatrice du non-recours à la science génétique, et ce en dépit, de la prégnance des discours bioéthiques attachés - dans la forme au moins - à repousser tout eugénisme »³⁹³⁷.

1301. Le conseil génétique est par ailleurs susceptible de venir au soutien de ces processus de *responsabilisation*. En effet, comme en matière de contraception, d'IVG ou d'AMP, le droit impose un certain nombre de consultations médicales au couple. En France, l'article L2131-1 CSP prévoit une consultation préalable au DPN, au moment des résultats, et éventuellement, auprès du CPDPN, au moment de l'examen du dossier du couple. Comme en matière de contraception ou d'IVG, la médicalisation du DPN - qui s'inscrit dans un contexte plus général de médicalisation de la procréation³⁹³⁸ - conduit à une *surveillance médicale* dont la responsabilisation des patients constitue l'un des piliers³⁹³⁹. En Allemagne, la directive de la Chambre fédérale des médecins structure également le recours au DPN autour d'un certain nombre d'entretiens médicaux³⁹⁴⁰. À chaque fois que la femme enceinte sera amenée à voir un médecin, ce dernier pourra lui rappeler - par le choix du vocabulaire utilisé, par la manière dont il présente les tests, par les contraintes temporelles et émotionnelles qui pèsent sur elles etc. - les responsabilités qui lui incombent³⁹⁴¹. En France, comme en Allemagne, les mécanismes de consultation génétique imposés par la loi dans le cadre de dépistages prénatals peuvent alors constituer une technologie sociale de normalisation indirecte de *zoe* bien plus efficace que les contrôles obligatoires et les contraintes³⁹⁴². Rien n'indique, certes, que *tous* les médecins encouragent les couples à procéder à un DPN. Cependant, les institutions médicales telles que l'ABM ou le CCNE se prononcent en général en faveur de cette pratique, en particulier lorsqu'elle concerne la trisomie 21³⁹⁴³. Qui plus est, on le verra, la montée en puissance

³⁹³⁵ Propos de Jacques Testart cités par AN séance 1 du 19 novembre 1992, Christine Boutin, p. 5739. Voir, en ce sens, Sénat, 13 janvier 1994, Bernard Seillier, p. 117.

³⁹³⁶ Voir également, HENNETTE-VAUCHEZ S., « Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage », *op. cit.*, p. 216.

³⁹³⁷ *Ibid.*

³⁹³⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1).

³⁹³⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; voir également, WALDSCHMIDT A., « Normierung oder Normalisierung : Behinderte Frauen, der Wille zum Normkind und die Debatte um die Pränataldiagnostik », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 102.

³⁹⁴⁰ BÄK, *Richtlinie zur Pränataldiagnostik von Krankheiten und Krankheitsposition*, *op. cit.*, p. A-3241.

³⁹⁴¹ VASSY C., CHAMPENOIS-ROUSSEAU B., « Comment le risque devient une évidence : praticiens, femmes enceintes et dépistage prénatal de la trisomie 21 », *op. cit.*

³⁹⁴² SAMERSKI S., « Entmündigende Selbstbestimmung. Wie die genetische Beratung schwangere Frauen zu einer unmöglichen Entscheidung befähigt », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 223.

³⁹⁴³ CCNE, Avis n° 37, *Le dépistage du risque de la trisomie 21 fatale à l'aide de tests sanguins chez les femmes enceintes*, 22 juin 1993 ; ABM, *État des lieux du diagnostic prénatal en France*, 2008.

du contentieux médical en matière de DPN incite les médecins à délivrer aux couples toutes les informations relatives à la pratique de ces tests - faute de quoi ils pourront voir leur responsabilité engagée. Si cette information est délivrée avec une certaine insistance, elle peut apparaître comme une incitation.

1302. Des processus de *responsabilisation* apparaissent donc comme une partie intégrante des nouvelles techniques sociales de gestion des comportements procréatifs. Nichés au cœur de l'interaction entre droit et médecine qui irrigue les textes juridiques encadrant le parcours procréatif des patients, ils illustrent concrètement la notion théorique de *technique de soi* mobilisée par Michel FOUCAULT. Ils constituent en effet autant de procédés de *subjectivation* de certains impératifs sociaux, ainsi intégrés et rejoués par l'individu lui-même³⁹⁴⁴; et en dernier ressort, « *laisse[nt] jouer la liberté de chacun de telle sorte qu'elle conduise d'elle-même aux effets attendus* »³⁹⁴⁵. Finalement, le DPN répond à la même logique que celle de l'AMP ou de l'avortement, ce modèle combinant à la fois des mécanismes d'incitations financières *via* les règles applicables au remboursement, de *responsabilisation* *via* les règles applicables à la consultation et de *surveillance médicale* ; le but étant de toujours de « *faire concéder [l'individu] par un consentement officiel* »³⁹⁴⁶ à la normalisation de la vie.

1303. Ainsi, même si la réalisation d'une IMG ne dépend que de la volonté du couple, les pratiques de sélection rendues possibles par le DPN et le DPI sont, en amont, « *favorisées par les pouvoirs publics et le monde médical. Derrière les décisions individuelles, il y a l'État qui met en place des dispositifs de contrôle, et le corps médical, chargé [par l'État] de les appliquer* »³⁹⁴⁷. La mise en œuvre de politique de santé publique incitant au recours au DPN invite à interroger les limites existantes entre la normalisation *directe*, c'est-à-dire l'eugénisme radical, et la normalisation *indirecte*, c'est-à-dire l'eugénisme individuel. Un certain nombre de médecins et d'auteurs de doctrine se demandent en France, et en Allemagne³⁹⁴⁸, si les politiques mises en œuvre en matière de dépistage systématique de la trisomie 21 ne sont pas assimilables à une politique eugénique³⁹⁴⁹. Lors des débats

³⁹⁴⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 1, titre 2, chapitre 2).

³⁹⁴⁵ POTTE-BONNEVILLE M., « Individualisation et subjectivation : remarques à partir de Michel Foucault », in CORCUFF P., LE BART C., DE SINGLY F., *L'individu aujourd'hui - débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, *op. cit.*, p. 122.

³⁹⁴⁶ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement des corps par la parole*, *op. cit.*, p. 303.

³⁹⁴⁷ *Ibid.*

³⁹⁴⁸ Sur la question spécifique de la trisomie 21, voir notamment MATTÉI J.F., « Trisomie 21 : naître ou ne pas naître », *ETVDES*, juin 1997. Voir aussi, BRIARD M.L., « Le diagnostic préimplantatoire génétique : problèmes éthiques et futurs », *Archives pédiatriques*, 2002, 68/9, 2002. ; AZRIA E., « Clause de conscience et dépistage de la trisomie 21 ou comment substituer un jugement moral à une volonté d'accroître la liberté décisionnelle des femmes enceintes », *Journal de gynécologie obstétrique et biologique de la reproduction*, 2010, 39, ARDUIN P.O., « La France au péril d'un retour de l'eugénisme ? L'exemple du diagnostic prénatal de la trisomie 21 » *op. cit.*, p. 187.

³⁹⁴⁹ Sur la question des dérives eugéniques en matière de DPN en général, voir notamment, BACHELARD-JOBARD C., *L'eugénisme, la science et le droit*, *op. cit.*, p. 127 ; AMANN J.P., « DPN et interruption médicale de grossesse : aspects éthiques », *Journal pédiatrique puériculture*, 2003, 16, p. 147 et p. 593 ; LEBLANC P., « La nouvelle loi bioéthique du 7 juillet 2011 relative

parlementaires des années 1990, des députés français soulignent à propos du DPN qu'il s'agit « *d'un processus de sélection qui quelque part appelle la notion d'eugénisme* »³⁹⁵⁰. Le rapport BRAIBANT de 1988 mettait lui aussi en garde contre l'utilisation des DPN qui mènerait « *à des avortements de pure convenance qui aboutirait à un eugénisme actif* »³⁹⁵¹. En Allemagne, avant 1993, l'indication fœtale était officiellement qualifiée dans le langage juridique d'indication « *eugénique* »³⁹⁵². En outre, les auteurs de la saisine de la Cour constitutionnelle en 1993, qui contestaient la constitutionnalité de l'IVG et de l'IMG, faisaient valoir qu'en maintenant l'indication embryopathique, on « *autoris[ait] l'interruption de grossesse pour des raisons purement eugéniques* »³⁹⁵³. Certains auteurs français utilisent d'ailleurs les termes d'« *eugénisme soft* »³⁹⁵⁴ pour caractériser ces orientations collectivement consenties et imperceptiblement mises en place en faveur d'une normalisation du vivant.

1304. Les droits français et allemand autorisent malgré tout le recours à ces tests sous couvert de liberté de choix des parents. Pourtant, comme le souligne Florence BELLIVIER,

*« à multiplier les paramètres qui affectent une entité entière individuelle, telle que l'embryon, on tendrait insensiblement à produire des effets pour l'espèce toute entière [...] il paraît difficile de refuser d'envisager les conséquences collectives [des diagnostics prénatals] en cantonnant ces derniers au domaine des actes strictement individuels. Il est un peu court de penser que la somme des cas individuels ne reproduit pas d'effets de masse »*³⁹⁵⁵.

1305. En ce sens, il faut souligner qu'en France, l'Agence de la biomédecine observe que « *les centres sont de plus en plus sollicités* »³⁹⁵⁶. De la même manière, le nombre de demandes de DPI augmente chaque année en France : en 2014, 595 demandes ont été acceptées par l'ABM contre 438 en 2010³⁹⁵⁷. De ces chiffres, il paraît possible de déduire que les individus se saisissent effectivement des possibilités de normalisation que leur offre le droit. Il y a davantage de demandes d'IMG que d'autorisations délivrées³⁹⁵⁸ et moins de 10% des couples se décident pour la poursuite de la grossesse lorsque l'interruption est autorisée³⁹⁵⁹. Certaines études indiquent même que le

au diagnostic prénatal peut-elle prévenir tout risque de dérive eugénique ? », *Éthique et santé*, 2012, 9, p. 60 ; QUINCHE F., « *Bienvenu à Gattaca ? Un nouvel eugénisme ?* », *Éthique et santé*, 2009, 6, p. 198.

³⁹⁵⁰ AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5784 ; AN, séance 3 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5841 : « *Le DPN et le DPI ? Il s'agit bien, de fait, de pratiques eugéniques* » ; AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean François Mattéi, p. 5799 : « *Nous allons interdire l'eugénisme mais en même temps nous allons l'autoriser !* » ; AN, séance 2 du 20 novembre 1992, Jean Yves Le Déaut, p. 5798.

³⁹⁵¹ BRAIBANT G., *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, op. cit., p. 71.

³⁹⁵² Voir notamment BVerfG, 25 février 1975 - BVerfGE 39, 1.

³⁹⁵³ BVerfG, 28 mai 1993 - BVerfGE 88, 203, §115 (argument de la saisine).

³⁹⁵⁴ VERSPIEREN P., « *Vers un eugénisme légal ?* », *Études*, 2011/4.

³⁹⁵⁵ BELLIVIER F., *Le patrimoine génétique de l'humanité, aspects juridiques*, op. cit., p. 83, p. 96 et p. 93. Voir, pour l'Allemagne, BÜHL A., *Auf dem Weg zur biomächtigen Gesellschaft ? Chancen und Risiken der Gentechnik*, op. cit., p. 74.

³⁹⁵⁶ ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaine en France*, 2013.

³⁹⁵⁷ Voir sur ce point, ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaine en France*, 2015, Tableau DPI3. Évolution de la fréquence des demandes acceptées par rapport aux demandes examinées.

³⁹⁵⁸ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

³⁹⁵⁹ Voir les chiffres de 2001 cités par le CCNE, Avis n° 107, *Les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals*, 15 octobre 2009, p. 18.

recours croissant au DPN et à l'IMG en matière de trisomie 21 risque de conduire à une éviction totale de la trisomie 21³⁹⁶⁰. Certains auteurs, en France et en Allemagne, dénoncent alors un « eugénisme insidieux, sous couvert médical »³⁹⁶¹. Même s'il est certain que lorsqu'une femme demande une IMG à la suite d'un DPN positif, son intention n'est pas d'améliorer les caractéristiques génétiques de l'espèce humaine, les effets de ces décisions individuelles conduisent malgré tout à une très forte normalisation de *zoe* à l'aune de certaines de ses caractéristiques génétiques, dans un contexte social qui favorise, par ailleurs, assez peu la prise en charge du handicap³⁹⁶². En ce sens, dès 1985, le CCNE souligne qu'il faut s'assurer que « le recours fréquent au DPN ne renforce pas le phénomène social de rejet des sujets considérés comme anormaux et ne rende encore plus intolérable la moindre anomalie du fœtus ou de l'enfant »³⁹⁶³. Mais le recours au DPN est également favorisé par le contexte juridique dans lequel il inscrit i qui tend à l'encourager et à indemniser le préjudice résultant de la sa non-réalisation, c'est-à-dire la naissance d'un enfant handicapé.

II. La réparation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé

1306. En France et en Allemagne, le droit autorise l'indemnisation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé alors même qu'il ne l'admet pas lorsqu'il s'agit d'un enfant sain³⁹⁶⁴. Il est vrai qu'après la retentissante affaire *Perruche* de 2001 au cours de laquelle la Cour de cassation avait admis l'indemnisation de l'enfant né handicapé en raison de l'impossibilité pour sa mère de réaliser une interruption de grossesse, le législateur français a limité les cas dans lesquels un tel recours et une telle indemnisation sont possibles, réaffirmant par ce biais la protection juridique de *zoe* (A). Cependant, force est de constater qu'en France, comme en Allemagne, la naissance d'un enfant handicapé est toujours considérée comme un préjudice indemnisable pour les parents. La non-réalisation d'une normalisation indirecte de *zoe* est ainsi appréhendée par les ordres juridiques comme un dommage réparable dès lors que cette non-réalisation résulte d'une faute médicale. Il existe donc en droit français et allemand, au moins dans une certaine mesure, un *droit à la sélection anténatale* - à la normalisation - de la vie (B).

³⁹⁶⁰ Voir notamment, CHAMPENOIS-ROUSSEAU B., VASSY C., « Les échographistes face au dépistage prénatal de la trisomie 21. Le difficile arbitrage entre excellence professionnelle et éthique du consentement », *op. cit.* ; LEBLANC P., ARDOUIN P.O., « Dépistage de la trisomie 21 : de la critique médicale à la crise de conscience », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la Reproduction*, Vol. 39, n° 6, octobre 2010, p. 509-513.

³⁹⁶¹ MATTÉI J.F., « Trisomie 21 : naître ou ne pas naître », *op. cit.*, p. 751.

³⁹⁶² Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1) ; *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

³⁹⁶³ CCNE, Avis n° 5, *Les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal*, 13 mai 1985, p. 1.

³⁹⁶⁴ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

A. La limitation de l'action en réparation de l'enfant et des parents en France

1307. L'indemnisation accordée par la Cour de cassation à l'enfant né handicapé dans le cadre de l'affaire *Perruche* est perçue par une large part de la doctrine comme consacrant un droit de ne pas naître contraire au principe de dignité et de protection de la vie et relevant de l'eugénisme (1). En 2002, le législateur édicte alors une loi visant à interdire un tel recours en réparation pour l'enfant et à limiter par la même occasion l'action en indemnisation des parents, encourageant ainsi l'idée selon laquelle le droit français protégerait de la même manière toutes les formes de vies humaines (2).

1. L'arrêt Perruche

1308. Si le juge allemand³⁹⁶⁵ et le juge administratif français refusent une telle action en *Wrongful life*³⁹⁶⁶, le juge judiciaire admet à partir de 1991 l'action en réparation de l'enfant né handicapé en raison de l'impossibilité pour sa mère d'interrompre sa grossesse du fait d'une erreur médicale³⁹⁶⁷. En 2000, le juge reconnaît explicitement cette action dans l'arrêt *Perruche*³⁹⁶⁸. En l'espèce, un médecin avait indiqué à Madame PERRUCHE, qui était enceinte, qu'elle n'avait pas la rubéole alors qu'elle était en réalité atteinte de cette maladie. En raison de la rubéole, elle a accouché d'un enfant très lourdement handicapé. La Cour de cassation déclare que les fautes commises par le corps médical « *avaient empêché [la femme enceinte] d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap* »³⁹⁶⁹. Cette dernière aurait en effet pu procéder à une IVG si elle avait su qu'elle était malade. Dès lors, la Cour considère que l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant de ce handicap, estimant, qu'en raison de la perte de chance subie par sa mère, il avait subi un préjudice propre. C'est donc la *volonté* de la femme enceinte de procéder à une IVG en cas de handicap grave qui permet à l'enfant d'être indemnisé. La Cour réaffirme par la suite ce principe dans trois arrêts du 13 juillet 2001³⁹⁷⁰ et deux arrêts du 28 novembre 2001³⁹⁷¹,

³⁹⁶⁵ BGH, 18 janvier 1983 - BGHZ 86, 240. La requérante est très handicapée car sa mère, la seconde requérante, a contracté la rubéole pendant sa grossesse. La requérante reproche au gynécologue de ne pas avoir dépisté la rubéole alors qu'elle aurait souhaité, si tel avait été le cas, interrompre sa grossesse.

³⁹⁶⁶ Voir CE, 14 février 1997, n° 13323 : « *Considérant qu'en décidant qu'il existait un lien de causalité directe entre la faute commise par le Centre hospitalier régional de Nice à l'occasion de l'amniocentèse et le préjudice résultant pour le jeune Mathieu de la trisomie dont il est atteint, alors qu'il n'est pas établi par les pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'infirmité dont souffre l'enfant et qui est inhérente à son patrimoine génétique, aurait été consécutive à cette amniocentèse, la cour administrative d'appel de Lyon a entaché sa décision d'une erreur de droit* ».

³⁹⁶⁷ CC, 1^{ère} chambre civile, 16 juillet 1991, n° 90-14645. En l'espèce, il s'agissait de la naissance d'un enfant handicapé en raison de la rubéole de sa mère, qui avait pourtant demandé à ce qu'on procède à un dosage de ses anticorps rubéoliques. : La Cour considère qu'il existe un lien de causalité entre la faute professionnelle commise par médecin et « *la perte d'une chance pour l'enfant d'éviter de supporter les conséquences de la rubéole contractée par sa mère en début de grossesse* ».

³⁹⁶⁸ CC, assemblée plénière, 17 novembre 2000, n° 99-13701.

³⁹⁶⁹ *Ibid.*

³⁹⁷⁰ CC, assemblée plénière, 13 juillet 2001, n° 9717359 ; note Jourdain, *Dalloz*, 2001, p. 2325.

déclarant que « l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec la mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse »³⁹⁷². La femme enceinte aurait en effet pu formuler une IMG si elle avait su que le fœtus était atteint d'une anomalie (même si, par la suite, il lui aurait fallu une autorisation médicale pour pouvoir la réaliser). La Cour caractérise donc ici l'existence des trois éléments constitutifs d'une action en responsabilité pour indemniser l'enfant : la faute - qui ne soulève pas ici de difficultés - le préjudice et la causalité. Pour caractériser le préjudice, la Cour distingue naissance et handicap, précisant bien que l'enfant peut demander « la réparation du préjudice résultant de ce handicap »³⁹⁷³. Ainsi, comme le souligne une auteure, « même si ontologiquement les faits de naître et d'être malade sont une seule et même chose, la Cour a séparé les deux événements au bénéfice d'un ordre de causalité juridique et non plus factuel »³⁹⁷⁴. Cette abstraction juridique peut être assimilée à une *fiction juridique*³⁹⁷⁵, qui rompt tout rapport de coïncidence nécessaire entre causalité biologique et causalité juridique³⁹⁷⁶. En effet, le droit « n'a pas l'obligation de se conformer à la logique dès lors que cet écart - dans l'ordre logique - ne porte pas atteinte aux droits d'autrui »³⁹⁷⁷. Cependant, si l'on admet avec la Cour de cassation que c'est le handicap et non la naissance qui constitue le préjudice réparable, alors son raisonnement soulève des interrogations en termes de causalité. En effet, il n'existe à première vue pas de lien direct entre la faute commise par le médecin et le handicap de l'enfant. Certains observateurs expliquent le raisonnement de la Cour par la théorie de l'équivalence des conditions³⁹⁷⁸. Même si le juge applique traditionnellement la théorie de la causalité adéquate, c'est-à-dire la théorie selon laquelle « parmi tous les facteurs possibles d'un dommage, seuls ceux qui en constituent la cause déterminante doivent être considérés comme des faits générateurs du dommage »³⁹⁷⁹, la Cour semble plutôt admettre ici, comme elle l'a déjà fait³⁹⁸⁰, l'idée selon laquelle

³⁹⁷¹ CC, assemblée plénière, 28 novembre 2001, Gazette du Palais, 5-6 décembre 2001, p. 26.

³⁹⁷² CC, assemblée plénière, 13 juillet 2001, n° 9717359

³⁹⁷³ CC, assemblée plénière, 17 novembre 2000, n° 99-13701.

³⁹⁷⁴ IACUB M., « Liberté de procréer ou droit de ne pas naître », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, op. cit., p. 67.

³⁹⁷⁵ CAYLA O., THOMAS Y., *Du droit de ne pas naître*, op. cit., p. 107 ; IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, op. cit., p. 78.

³⁹⁷⁶ IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, op. cit., p. 78 ;

³⁹⁷⁷ DE BECHILLON D., CAYLA O., YAN T., « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, 21 décembre 2000, p. 18.

³⁹⁷⁸ En ce qui concerne la théorie de l'équivalence des conditions, voir notamment, SUREAU C., « Le médecin et les naissances préjudiciables », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, op. cit., p. 95 ; NIEL P.L., « Diagnostic prénatal et responsabilité hospitalière », *Gazette du Palais*, 23 juin 2006, n° 82, p. 44 ; LAJARTRE A., « La responsabilité hospitalière face au DPN erroné », *Revue juridique de l'Ouest*, 1997-3, p. 265, JOURDAIN P., « Lien de causalité : l'équivalence des conditions n'est pas morte ! », *RTDcin.*, 2000, p. 335.

³⁹⁷⁹ TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, 11^{ème} édition, 2013.

³⁹⁸⁰ Voir en ce sens, CC, 2^{ème} chambre civile, 20 juin 2002 n° 0020747 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 4 décembre 2001 ; observations Chabas, *Droit et patrimoine*, février 2002, p. 105.

« tout antécédent, sans lequel le dommage ne serait pas advenu, doit être considéré comme cause du dommage »³⁹⁸¹.

Cela explique qu'elle établisse ici l'existence d'un lien de causalité.

1309. Devant le tollé inhabituellement suscité par l'affaire *Perruche*, la Cour a, dans son rapport annuel de 2001, cherché à souligner que l'admission de l'action en réparation de l'enfant entendait lui permettre de vivre dans des conditions matérielles dignes :

*« Il est apparu [à la Cour] que le respect effectif, et pas seulement théorique, de la personne passait par la reconnaissance de l'enfant handicapé en tant que sujet de droit autonome et que devait être reconnu son droit propre à bénéficier d'une réparation du préjudice résultant de son handicap - et exclusivement de celui-ci - de façon à lui permettre de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine malgré son handicap »*³⁹⁸².

1310. Ces justifications, pour légitimes qu'elles soient, n'enlèvent cependant rien au fait que la Cour estime que l'enfant peut demander à être indemnisé en raison du non-exercice, par sa mère, d'une possibilité de normalisation de *zoe* (en l'espèce l'interruption de grossesse) qui lui aurait permis de ne pas être. Une partie importante la doctrine s'insurge d'ailleurs contre l'admission de cette action³⁹⁸³. Outre des critiques relatives aux incohérences du raisonnement de la Cour de cassation - quant à l'absence de lien causalité entre la faute et le handicap³⁹⁸⁴, l'impossibilité d'éviter le préjudice sans que soit évitée la naissance³⁹⁸⁵ ou d'indemniser l'enfant sans reconnaître que c'est sa simple naissance qui constitue dommage³⁹⁸⁶ - de nombreux auteurs considèrent que dédommager un enfant handicapé du fait de sa naissance, reviendrait à consacrer un « droit de ne pas naître »³⁹⁸⁷. Cela reviendrait à admettre qu'il « existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues »³⁹⁸⁸. Ces

³⁹⁸¹ JOURDAIN P., « Lien de causalité : l'équivalence des conditions n'est pas morte ! », *RTD civ.*, 2000., p. 335.

³⁹⁸² CC, *La protection de la personne*, Rapport de l'année 2000, Paris, La documentation française, p. 389. Au soutien de l'interprétation de la Cour, voir notamment SUREAU C., « Le médecin et les naissances préjudiciables », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, Les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 98 ; DE BECHILLON D., CAYLA O., YAN T., « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, 21 décembre 2000, p. 18 ; GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., « A la recherche du droit à la vie », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges Jean Maurice Verdier*, 2001, p. 325 ; IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, *op. cit.*, p. 76 ; HAMON F., « Le droit de ne pas naître devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 29 juillet 2010, n° 150, p. 4.

³⁹⁸³ Voir notamment les signataires de l'article de LABRUSSE-RIOU C., MATHIEU B., « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *Le Monde*, 24 novembre 2000 ; MURAT P., « Chronique actualité du droit de la famille », *JCP*, 1996, I 3446, p. 282.

³⁹⁸⁴ Voir notamment, LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *op. cit.*, p. 264.

³⁹⁸⁵ HERMITTE, M.-A., « Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés », *Gazette Palais*, 25 octobre 1997, p. 1403 ; FENOUILLET D., « Pour une humanité autrement fondée », *Droit de la famille*, n° 4, avril 2001, chronique 7.

³⁹⁸⁶ Voir notamment, FENOUILLET D., « Pour une humanité autrement fondée », *op. cit.*

³⁹⁸⁷ HAUSER J., « Encore le droit de ne pas naître, l'auto-destruction de l'homme par l'inflation des droits subjectifs », *RTD civ.*, 1996, p. 871 ; AYNES L., « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *Dalloz*, 2001, p. 492 à 496.

³⁹⁸⁸ LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *op. cit.*, p. 262. Dans le même sens, voir notamment, MÉMETEAU G. « L'action de vie dommageable », *JCP* 2001, I, n° 279 ; MURAT P. « L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme », *Droit de la Famille*, 2001, p. 28 ; HAUSER J., « Encore le droit de ne pas naître, l'auto-destruction de l'homme par l'inflation des droits subjectifs », *RTD civ.*, 1996, p. 871 ; ALLOITEAU S., « L'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale », *LPA*, 28 mai 1997, p. 23 ; TERRE F., « Le prix de la vie », *JCP*, 2000, p. 2267 ; SERIAUX A., « Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », *Dalloz*, 2002, p. 1996 ; FENOUILLET D., « Pour une humanité autrement fondée », *Droit de la famille*, avril 2001, chronique 7, n° 4,

décisions seraient contraires au respect de la dignité humaine qui interdit de *hiérarchiser* entre les différentes formes de vie³⁹⁸⁹. Dominique FENOUILLET critique, par exemple, cette décision, considérant que « *c'est parce que la vie humaine est une valeur que le droit considère comme absolue et à laquelle il n'accepte pas que l'on attente, qu'il est impossible d'attribuer à celle-ci moins de valeurs qu'au néant* »³⁹⁹⁰.

1311. C'est d'ailleurs sur le fondement d'un raisonnement très proche qu'en 1983, la Cour fédérale allemande refuse l'action en réparation de l'enfant, en se fondant précisément sur le principe de respect de la vie humaine, elle considère que « *la vie humaine à partir de la nidation est une valeur juridique supérieure qui doit absolument être conservée [...] Aucun jugement sur sa valeur ne peut être porté par un tiers [...] C'est la raison pour laquelle l'obligation de protéger la vie d'une personne souffrante ou gravement blessée ne dépend pas du jugement que l'on porte sur ses conditions de vie [...]* ». Elle refuse ainsi l'action au nom de l'interdiction de hiérarchiser entre les vies humaines : « *L'expérience national-socialiste qui influence la jurisprudence de la République fédérale allemande interdit, à juste titre, qu'un jugement juridique soit porté sur la valeur de la vie d'un tiers* »³⁹⁹¹. Or, les critiques relatives à la décision *Perruche* reprochent précisément à la Cour de cassation de ne pas avoir opté pour un tel raisonnement.

1312. Le spectre de l'eugénisme est ainsi pointé par les opposants à la décision de la Cour de cassation qui lui reprochent « *une politique de sélection aboutissant à l'eugénisme* »³⁹⁹² ou de « *rendre les médecins eugénistes malgré eux* »³⁹⁹³. L'avocat général parle « *d'eugénisme doux, démocratique et insidieux mais néanmoins dévastateur* »³⁹⁹⁴. Le législateur intervient alors pour interdire une telle action en réparation.

p. 4. Voir également les conclusions du rapporteur public Jerry Sainte Rose : CC, 17 novembre 2000, Gazette du Palais, 24/25 janvier 2001 ; CC, assemblée plénière, 13 juillet 2001, JCP 2000, II, 10601, Conclusion Sainte Rose.

³⁹⁸⁹ Voir en ce sens, EDELMAN B., « L'arrêt *Perruche* : une liberté pour la mort, » *Dalloz*, 2002, p. 1249. Voir aussi, CAYLA O., THOMAS Y., *Du droit de ne pas naître*, op. cit., 2004, p. 107 ; IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, op. cit., p. 98 : « L'intuition première semble indiquer que, si l'on décidait d'accueillir une plainte fondée sur un tel droit, on nierait par là même, pour le sujet de la plainte, l'insurmontable nécessité d'une cause irréductiblement biologique de sa vie et l'on supposerait dès lors cette vie, et en même temps le sujet lui-même comme aboli, mais obéir à cette intuition ne résulte pas d'une contrainte irrésistible, d'un impératif de l'évidence, mais d'un choix librement assumé. L'argument ontologique - la vie est une donnée transcendante et indisponible au sujet - véhicule en effet, à l'arrière-plan, un autre thème non moins important, mais parfaitement distinct du premier : il n'y a pas d'ordre politique concevable où la vie de l'être humain puisse être pensée et organisée abstraction faite de sa causalité naturelle ».

³⁹⁹⁰ FENOUILLET D., « Pour une humanité autrement fondée », op. cit.

³⁹⁹¹ BGH, 18 janvier 1983, VI ZR 114/81, §41 (DFR).

³⁹⁹² LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », op. cit., p. 262.

³⁹⁹³ *Ibid.*, p. 263 ; CCNE, Avis n° 68, *Handicaps congénitaux et préjudice*, op. cit., p. 7.

³⁹⁹⁴ FENOUILLET D., « Pour une humanité autrement fondée », op. cit.

2. Les conséquences de l'arrêt Perruche

1313. Pour contrer ces arguments et, implicitement, réaffirmer la protection de *zoe* ainsi que l'interdiction de l'eugénisme, le législateur français intervient en 2002. Il déploie ce qui sera rapidement appelé le « *dispositif anti-Perruche* »³⁹⁹⁵. L'article 1 de la loi du 4 mars 2002 dispose en effet que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer* »³⁹⁹⁶. Le législateur refuse explicitement l'admission de l'action en responsabilité de l'enfant³⁹⁹⁷ sauf, comme le précise l'alinéa 2 de l'article 1, s'il existe un lien de causalité directe entre la faute et le handicap³⁹⁹⁸. Mais, à cette occasion, le législateur limite également l'action en réparation intentée par les parents, allant ainsi au-delà de la seule neutralisation du dispositif *Perruche*. En effet, la loi de 2002 énonce que

« lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ».

1314. Avant 2002, les parents pouvaient être pleinement indemnisés au titre de la perte de chance du préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé dès lors que les trois éléments constitutifs de la responsabilité - faute, causalité, préjudice - étaient caractérisés³⁹⁹⁹. La perte de chance peut généralement être définie comme « *un dommage d'une nature particulière, qui consiste dans la privation d'une possibilité soit de voir se réaliser une situation favorable soit d'échapper à une situation défavorable* »⁴⁰⁰⁰. Dès lors, avant 2002, lorsque cette faute empêchait la femme « *d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap* »⁴⁰⁰¹, elle constituait un

³⁹⁹⁵ Voir notamment, HOCQUET BERG S., « Le dispositif anti-Perruche efficacement à l'œuvre », *Dalloz actualité*, 19 février 2014 ; LEVADE A., « L'inconstitutionnalité partielle du dispositif anti-Perruche ou quand l'inconstitutionnalité rejoint l'inconventionnalité », *Constitutions*, 2010, p. 391 ; BRONDEL S., « Dispositif anti-Perruche : qu'est-ce qu'une instance en cours ? », *Dalloz*, 2011 p. 1482.

³⁹⁹⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³⁹⁹⁷ Pour une critique d'un processus législatif jugé trop hâtif, voir notamment, BOURSIER M.E., « La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi anti-Perruche », *LPA*, 30 mai 2002, n° 108.

³⁹⁹⁸ Voir notamment sur cette question, HENNION-JACQUET P., « Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien », *op. cit.*, p. 2814. Voir aussi, CA Bordeaux, 1^{er} avril 2003, n° 99BX02019 : demande rejetée pour absence de lien indirect.

³⁹⁹⁹ Voir notamment, CC, 16 juillet 1991, n° 9014645 ; CE, 14 février 1997, n° 133239.

⁴⁰⁰⁰ GROSSHOLZ C., « Évaluation du préjudice », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, avril 2015 (actualisation : avril 2017). Voir de manière plus générale, sur la perte de chance : DEGUERGUE M., « Promesses, renseignements, retards », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, §161.

⁴⁰⁰¹ CC, 17 novembre 2000, n° 9913701 ; CC, 16 juillet 1991, n° 9014645 ; CA Orléans 22 octobre 2001, RG0003220 ; CC, 13 juillet 2001, n° 9717359 ; CA, Versailles, 1^{ère} chambre section 1, 8 juillet 1993, RG17893 ; CA, Bordeaux, 18 septembre 2001, n° 9703092. Même après la loi de 2002, une telle interprétation persiste : CE, 19 février 2003, n° 247908, CE, 30 avril

dommage. La femme pouvait alors « *demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* »⁴⁰⁰². Avant 2002, le juge évaluait le caractère sérieux de la chance perdue en s'assurant que les conditions de mises en œuvre d'une interruption de grossesse étaient manifestement réalisées, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'une anomalie manifestement grave et incurable qui *aurait pu* ouvrir droit à une IMG⁴⁰⁰³. Le montant de l'indemnisation - au titre des différents préjudices (moraux, matériels, etc.) - était ensuite déterminé à hauteur de la probabilité de réalisation de l'IMG si l'affection avait été détectée *in utero*.

1315. Toutefois, depuis 2002, l'évaluation du dommage est limitée au « *seul préjudice des parents* »⁴⁰⁰⁴. En particulier, les charges particulières découlant du handicap de l'enfant sont exclues de la réparation⁴⁰⁰⁵. La perte de chance peut encore être indemnisée⁴⁰⁰⁶, dès lors que l'affection dont souffre l'enfant aurait été susceptible d'autoriser une IMG⁴⁰⁰⁷, mais son indemnisation est limitée aux préjudices autres que matériels qui en découlent⁴⁰⁰⁸. Dans un arrêt de 2014, le Conseil d'État énonce, par exemple, que

*« que les dispositions précitées de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale interdisent d'inclure dans le préjudice indemnisable des parents les charges particulières résultant du handicap de leur enfant, non détecté lors de la grossesse ; que les conclusions de M. et Mme A... tendant à ce que les frais liés au handicap de leur fils soient mis à la charge du centre hospitalier de Senlis ne sauraient, par suite, être accueillies »*⁴⁰⁰⁹.

L'article 8 de la loi de 2002 considère en effet que les frais engendrés par la naissance d'un enfant handicapé doivent être pris en charge par la solidarité nationale⁴⁰¹⁰. Cet article prévoit d'ailleurs la création d'une « *Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie qui a pour mission, dans la limite des ressources qui lui sont affectées, de contribuer au financement de la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées dans le respect de l'égalité de traitement des personnes concernées sur l'ensemble du territoire* ». C'est ensuite la loi de 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et

2003 n° 213702 ; CA Marseille, 19 février 2004, n° 99MA01790 ; CE, 18 juillet 2011, n° 328881 ; CA Nîmes, 10 janvier 2006, Réf.ct0007.

⁴⁰⁰² CC, 17 novembre 2000, n° 9913701

⁴⁰⁰³ Voir notamment, CA Paris, 23 mars 2001, n° 09146.

⁴⁰⁰⁴ Article 1 alinéa 3 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁴⁰⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁰⁶ En ce sens, CC, 1^{ère} chambre civile, 9 juillet 2009, n° 0812457 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 9 juillet 2009, n° 08-12457

⁴⁰⁰⁷ Voir sur ce point, CA Bordeaux, 1^{er} avril 2003, n° 99BX02019.

⁴⁰⁰⁸ Voir en ce sens, CE, Avis du 6 décembre 2002, n° 250167 : « *Il résulte des termes mêmes de la loi, éclairée par les travaux préparatoires, que le législateur a entendu exclure la réparation de ce préjudice au motif que, s'il existe un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice, ce lien n'est pas de nature à justifier que le préjudice soit réparé par l'auteur de la faute* ». Voir aussi, OLSON T., sous CE 22 novembre 2002 n° 250167, conclusion du commissaire du gouvernement ; HENNION-JACQUET P., « Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien », *Dalloz* 2004, p. 2814.

⁴⁰⁰⁹ CE 31 mars 2014, n° 345812 ; CAA Marseille, 6 mai 2004, n° 01MA02655 ; BUCHER E., « Les suites de l'arrêt Perruche », *Dalloz*, 2014, p. 1578.

⁴⁰¹⁰ Article 8 de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées.

des personnes handicapées⁴⁰¹¹ qui crée cette Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie⁴⁰¹². Cette loi déclare que « toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté ». En principe, ce n'est donc plus au médecin fautif de payer pour l'entretien de l'enfant né handicapé mais à la collectivité nationale qui doit, par ailleurs, garantir les droits fondamentaux des personnes handicapées.

1316. Par ailleurs, depuis 2002, le législateur conditionne l'action en réparation - déjà limitée - à l'existence d'une faute *caractérisée* du médecin, la caractérisation de la faute dépendant de « *son intensité et de sa gravité* »⁴⁰¹³. La condition de faute caractérisée a encore pour conséquence de limiter les cas dans lesquels la responsabilité du médecin peut être engagée⁴⁰¹⁴ : certains auteurs y voient même une « *déresponsabilisation* »⁴⁰¹⁵ du corps médical. D'autres, en revanche, voient dans la loi de 2002, la réaffirmation du principe fondamental du respect de la vie humaine et de la dignité qui impose de ne pas différencier entre les différentes formes de vie⁴⁰¹⁶. Selon eux, la loi permet de réaffirmer la lutte contre les dérives eugéniques⁴⁰¹⁷. Elle permet également de ne pas encourager les médecins à accepter des IMG dans la crainte d'être poursuivis en justice en cas de refus. Elle permettrait, en somme, de ne pas les inciter à un « *eugénisme prénatal* »⁴⁰¹⁸.

1317. Par la loi de 2002, le droit français réaffirme ainsi implicitement ne pas distinguer entre les différentes formes de vie. Afin d'affirmer avec force la protection de la vie handicapée, le législateur va même jusqu'à imposer la rétroactivité de ce dispositif *anti-Perruche*⁴⁰¹⁹. Cette

⁴⁰¹¹ Loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées.

⁴⁰¹² Voir l'article 5 de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées qui introduit l'article L114-1 CASF.

⁴⁰¹³ En ce sens, CE 13 mai 2011, n° 329290 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 16 janvier 2013 ; CE, 31 mars 2014, n° 345812 ; CE, 7 avril 2016, n° 376080. Voir sur la question de la définition de la faute, GALLMEISTER I., « Enfant né handicapé : appréciation de la faute médicale caractérisée », *Dalloz*, 2013, p. 681 ; LANTERO C., « La faute caractérisée au sens du dispositif « anti-Perruche » », *op. cit.*, p. 1583 ; BUCHER E., « Les suites de l'arrêt Perruche », *Dalloz*, 2014, p. 1578.

⁴⁰¹⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Much ado about nothing? Retour sur le « dispositif anti-Perruche » dans la loi du 4 mars 2002 », *AJDA*, 2003, p. 2049 : « En effet, l'on peut penser que l'intention du législateur adoptant ces dispositions était [de] [...] limiter l'indemnisation des parents à leur seul préjudice à l'exclusion, notamment, de celui découlant des charges ».

⁴⁰¹⁵ NIEL P.L., « Diagnostic prénatal et responsabilité hospitalière », *Gazette du Palais*, 23 mars 2006, n° 82, p. 44 ; BELLIVIER F., *Le patrimoine génétique humain : étude juridique*, *op. cit.*, p. 429 ; contra : BOURSIER M.E., « La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi anti-Perruche ? », *LPA*, 30 mai 2002, n° 108, p. 9.

⁴⁰¹⁶ LAFAGE P., « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *Gazette du Palais*, n° 047, 15 et 16 février 2002, p. 14.

⁴⁰¹⁷ PETIT J., « L'application de la loi anti-Perruche, sous CE 6 décembre 2012 », *RFD*, 2003, p. 339. Voir aussi, OLSON T., sous CE 22 novembre 2002 n° 250167, conclusion du commissaire du gouvernement.

⁴⁰¹⁸ LAFAGE P., « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰¹⁹ Article 1 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : « Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ». Sur cette question, voir, CRISTOL D., « Dernier état des débats sur la temporalité et les règles de fond du dispositif anti-Perruche », *RDSS*, 2014, p. 542 ; CRISTOL D., « L'application dans le temps du dispositif « anti-Perruche » : les monologues de la Cour de cassation et du Conseil d'État », *RDSS*, 2012, p. 366.

rétroactivité sera cependant jugée inconstitutionnelle par la CEDH⁴⁰²⁰ et inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel⁴⁰²¹.

1318. En interdisant l'action en réparation de l'enfant et en limitant celle des parents, le législateur réaffirmerait donc le principe général d'interdiction de l'eugénisme et d'égalité entre toutes les formes de vie humaine. Cependant, si cet épisode a indubitablement interdit la possibilité pour les enfants nés lourdement handicapés de voir aboutir leur action en réparation et qu'il a resserré et limité, en France, cette action pour les parents, leur action demeure toujours possible dans les deux pays. En effet, la non-réalisation fautive d'un processus de normalisation *indirecte* demeure susceptible d'ouvrir droit à réparation. La sélection autorisée par le DPN - et le DPI - peut alors presque apparaître, dans une certaine mesure, comme un *droit*.

B. Une action en réparation des parents néanmoins à l'œuvre

1319. Les ordres juridiques français et allemand admettent l'action intentée par les parents. Dans les deux pays, les juges acceptent d'indemniser le préjudice découlant de la naissance d'un enfant handicapé non désiré⁴⁰²² (1). La pérennité de cette action indique que ce n'est pas *zoe* que le droit protège, notamment lorsque les logiques profondes du dispositif *anti-Perruche* sont mises en perspective avec la manière dont le droit appréhende l'IVG (2).

1. L'action en réparation des parents admise dans le cadre de l'IMG

1320. En France, le juge admet toujours l'indemnisation des parents qui n'ont pas pu procéder à une IMG en raison d'une faute médicale (a). Il en va de même en Allemagne, même si outre-Rhin c'est avant tout la naissance d'un enfant non désiré - et non pas seulement la naissance d'un enfant handicapé - qui est indemnisée (b).

⁴⁰²⁰ CEDH, *Maurice et Draon contre France*, 6 octobre 2005, n° 151303. Voir notamment MONTECLER M.C., « Indemnisation des enfants nés handicapés : la France condamnée par la CEDH », *Dalloz*, 2005, p. 2546 ; GALLMEISTER I., « Préjudice de l'enfant handicapé : incompatibilité de l'amendement anti Perruche avec l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Conv.EDH », *Dalloz* 2006, n° 5, p. 325.

⁴⁰²¹ Conseil constitutionnel, QPC n° 2010-2, 11 juin 2010, « Mme Vivianne L. ». Pour les enfants nés avant la loi de 2002, la jurisprudence Perruche vit encore. Voir CC, 3 mai 2018, n° 16-27.506, DEBET A., « Dix-huit ans après : la jurisprudence Perruche encore vivante grâce à la Cour de cassation », *JDSAM*, juillet, 2018, n° 20, p. 41.

⁴⁰²² Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

a. En France

1321. En 2002, le législateur français a certes limité l'action en responsabilité des parents mais il ne l'a pas supprimée. En principe, et en dehors du cas particulier des actions en *Wrongful life* « à la Perruche », la légitimité d'une telle action n'est d'ailleurs pas contestée. En ce sens, Jean François MATTÉI, député, pourtant fervent défenseur du dispositif *anti-Perruche*, déclare qu'

*« il est normal qu'une erreur médicale, qu'il s'agisse d'une erreur technique ou de comportement, donne lieu à une juste réparation. Il ne s'agit donc pas d'apporter aux médecins responsables d'une faute une quelconque protection qui serait injustifiable » et « la privation pour une femme de choisir librement d'interrompre sa grossesse constitue un préjudice indemnisable »*⁴⁰²³.

1322. En toute hypothèse, même après l'intervention de la loi du 4 mars 2002, les parents peuvent encore se voir indemniser du préjudice résultant de la naissance de leur enfant handicapé dès lors que le médecin a commis une faute⁴⁰²⁴ caractérisée⁴⁰²⁵. Cette faute peut être liée à la mauvaise information qu'il communique à sa patiente⁴⁰²⁶, à la réalisation dans un temps non opportun du DPN lui-même⁴⁰²⁷ ou à la manière dont il interprète les résultats⁴⁰²⁸. Même si l'exigence de faute caractérisée limite l'action en réparation des parents, la perte de chance de procéder à une IMG reste malgré tout réparable dès lors qu'une telle faute a été commise et que le diagnostic anténatal de la maladie est assez grave et incurable pour ouvrir droit à une interruption de grossesse⁴⁰²⁹. Ainsi, le Conseil d'État juge dans un arrêt de 2003 que

*« considérant qu'il n'est pas sérieusement contestable que de tels faits, constitutifs d'une faute caractérisée ayant privé M. et Mme X de la possibilité de recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, ouvrent droit à réparation [...] et qu'il y a lieu, dans les circonstances particulières de l'espèce, de fixer à 50 000 euros le montant de l'indemnité provisionnelle [...] en raison du préjudice propre subi par M. et Mme X »*⁴⁰³⁰.

1323. Le juge indemnise donc bien le préjudice subi par les parents en leur allouant une indemnité de 50 000 euros au titre de leur préjudice propre, sans même préciser ici le type de préjudice dont il s'agit⁴⁰³¹. Dans un arrêt de 2012, la Cour de cassation considère quant à elle que « les affirmations erronées de M. Z..., en privant les intéressés de la possibilité de faire examiner le dossier par un centre de diagnostic

⁴⁰²³ Commission des affaires culturelles familiales et sociales, compte-rendu, n° 23, 12 décembre 2001.

⁴⁰²⁴ En l'absence de faute, aucune indemnisation n'est évidemment possible. Voir notamment, CE, 24 février 2006, n° 250704 ; CA, Nîmes, 24 mai 2018, n° 1503810 ; CAA, Marseille, 15 janvier 2018, n° 15MA01205.

⁴⁰²⁵ Pour une illustration du refus du juge de l'indemnisation, même lorsqu'il y a une faute, parce qu'elle n'est pas caractérisée : CC, 5 juillet 2017, n° 1621147 ; CAA Marseille, 25 janvier 2018, n° 15MA01205.

⁴⁰²⁶ Voir en ce sens, CC, 5 juillet 2017, n° 1621147 ; CC, 3 mai 2018, n° 1627506.

⁴⁰²⁷ Voir en ce sens, CE, 7 avril 2016, n° 376080 ; CAA, Nantes, 30 mars 2018, n° 16NT02538.

⁴⁰²⁸ Voir en ce sens, CC, 5 avril 2013, n° 1114856 ; CC, 16 janvier 2013, n° 1214020.

⁴⁰²⁹ Pour un refus d'indemnisation en raison de l'absence de probabilité que l'IMG soit acceptée, voir notamment CAA Nancy, 30 décembre 2014, n014NC00712.

⁴⁰³⁰ CE, 19 février 2003, n° 247908.

⁴⁰³¹ CE, 19 février 2003, n° 247908 ; CE 7 avril 2016 n° 376080.

prénatal pluridisciplinaire, leur avaient fait perdre toute chance de prendre, avec l'équipe de ce centre, une décision éclairée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations au regard des textes susvisés »⁴⁰³².

1324. Ainsi, même si le préjudice matériel des parents ne peut en principe pas être réparé⁴⁰³³, le juge - notamment administratif - admet malgré tout la réparation du préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence (TCE) qui en résultent. Ce type de préjudice spécifique, qui « *recouvre à la fois des préjudices de caractère personnel qualifiés d'agrément par les juridictions judiciaires (tels que la gêne dans les actes de la vie courante), et des éléments de préjudice résultant de l'atteinte à l'intégrité physique* »⁴⁰³⁴ permet en effet au juge d'optimiser l'indemnisation accordée. Ainsi, en 2002, le Conseil d'État admet d'indemniser le préjudice des parents au titre des TCE, en raison de la cessation de l'activité professionnelle des parents⁴⁰³⁵. En 2014, il déclare que « *M. et Mme A... subissent des troubles importants dans leurs conditions d'existence du fait du grave handicap dont est atteint leur fils B..., lequel devra subir de nombreux traitements et opérations chirurgicales ; qu'il sera fait une juste appréciation de ces troubles ainsi que de leur préjudice moral en leur accordant une indemnité de 40 000 euros chacun* »⁴⁰³⁶. Plus récemment, dans un arrêt de 2018, la Cour administrative d'appel de Nantes estime que, « *dans ces conditions, la perte de chance subie par les requérants de pouvoir décider de procéder à une telle interruption peut être évaluée à 75 % ; qu'en égard à ce taux de perte de chance, il sera fait une équitable appréciation du préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence subis par les requérants en les estimant à la somme de 10 000 euros pour chacun d'entre eux* »⁴⁰³⁷.

1325. Le juge permet ainsi aux parents d'obtenir une indemnisation toujours relativement importante du préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé. Il use, pour ce faire, de la marge de manœuvre dont il dispose pour réduire les effets concrets du dispositif *anti-Perruche*⁴⁰³⁸. On peut alors en déduire que la protection de la vie et la lutte contre l'eugénisme anténatal ne se trouvent pas nécessairement renforcées par le dispositif *anti-Perruche*. Si l'exigence de faute caractérisée protège désormais davantage le corps médical contre la mise en cause de sa responsabilité, l'idée selon laquelle la naissance d'un enfant handicapé constitue bel et bien un préjudice indemnisable n'est pas remise en cause. En Allemagne, si une telle action est également

⁴⁰³² CC, 5 avril 2012, n° 1114856.

⁴⁰³³ Voir aussi, CE, 24 février 2006, n° 250704.

⁴⁰³⁴ LESUEUR DE GIVRY, *Rapport pour la Cour de cassation*, disponible sur le site de la Cour de cassation.

⁴⁰³⁵ Voir notamment, HENNION-JACQUET P., « Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien », *Dalloz*, 2004, p. 2814 ; OLSON T., sous CE 22 novembre 2002 n° 250167, conclusion du commissaire du gouvernement.

⁴⁰³⁶ CE, 31 mars 2014, n° 345812.

⁴⁰³⁷ CAA Nantes, 30 mars 2018, n° 16NT02538.

⁴⁰³⁸ En ce sens, BUCHER C.E., « Les suites de l'affaire Perruche », *Dalloz*, 2014, p. 1578 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., « Much ado about nothing ? Retour sur le « dispositif anti-Perruche » dans la loi du 4 mars 2002 », *AJDA*, 2003 p. 2049.

possible, elle concerne à première vue davantage le préjudice résultant de la naissance d'un enfant non désiré que celle d'un enfant handicapé.

b. En Allemagne

1326. En Allemagne, le juge accepte d'indemniser les préjudices matériels⁴⁰³⁹ et corporels⁴⁰⁴⁰ résultant de la naissance d'un enfant non désiré⁴⁰⁴¹. Il admet depuis 1983⁴⁰⁴² l'indemnisation du préjudice résultant de l'échec de la planification familiale⁴⁰⁴³ ou de la non-réalisation d'une IMG, lorsqu'elle s'explique par un défaut d'information du médecin ou une erreur de diagnostic. Il est vrai que le juge constitutionnel a tenté lui aussi, en 1993, dans un *obiter dictum* figurant dans sa décision relative à l'avortement, d'interdire l'action en contestation des parents, considérant qu'un « *enfant ne saurait être considéré comme un dommage car cela serait contraire à l'article 1^{er} de la Loi fondamentale [et que par conséquent] il est impossible de considérer les frais d'entretien de l'enfant comme un préjudice indemnisable* »⁴⁰⁴⁴. Mais il se rallie sur ce point en 1997 à l'argumentaire de la Cour fédérale de justice. Celle-ci maintient en effet qu'on ne saurait « *considérer l'enfant comme un préjudice, ce n'est pas approprié et est inexact d'un point de juridique* »⁴⁰⁴⁵ ; mais elle poursuit, à propos du préjudice, que celui-ci « *réside dans les frais engendrés par la naissance non planifiée d'un enfant* »⁴⁰⁴⁶. Le raisonnement du juge judiciaire est le suivant : si une faute médicale empêche la réalisation d'une IMG, des dommages et intérêts doivent être versés aux parents pour la prise en charge de l'enfant⁴⁰⁴⁷. Selon la Cour fédérale de justice, ce n'est pas l'enfant qui doit être considéré comme un dommage mais les frais relatifs à son entretien⁴⁰⁴⁸. Elle distingue ainsi la naissance de l'enfant des charges qui y sont liées⁴⁰⁴⁹. Dans un

⁴⁰³⁹ BGH, 16 juin 2002, VI ZR 136/01.

⁴⁰⁴⁰ BGH, 18 mars 1980 - VI ZR 247/78. Voir sur ce point IMM-DAT, *Kommentierung*, 13^{ème} édition, 2017, Rn 317.

⁴⁰⁴¹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

⁴⁰⁴² BGH, 18 janvier 1983 - BGHZ 86, 240 : « *Si la probabilité d'une affection du fœtus [...] n'a pas été communiquée à la mère en raison d'une erreur d'un médecin, alors le médecin doit indemniser les parents à hauteur du surcroît des dépenses liées au handicap de l'enfant* » ; voir également BGH, 22 novembre 1983 - BGHZ 89, 95 ; BGH, 28 mars 1995, VI ZR 356/93 ; BGH, 18 juin 2002, VI ZR 136/01 ; BGH, 16 novembre 1993, VI ZR 105/92.

⁴⁰⁴³ WAIBL K., « *Kindesunterhalt als Schaden ("Wrongful birth") Vertragliche Ansprüche der Eltern im Falle fehlgeschlagener Familienplanung* », *NJW*, 1987, p. 1513.

⁴⁰⁴⁴ Cf. *supra*, chapitre 5 ; sur ce point BverfG, 28 mai 1993 - BverfGE 88, 203, considérant 14 : « *Une qualification juridique de l'enfant comme préjudice est impossible au regard de l'article 1 de la Constitution. Il interdit également de qualifier les charges d'un enfant de préjudice* ». Voir notamment, sur la question de l'*obiter dictum*, GIESEN D., « *Schadenbegriff und Menschenwürde - zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind* », *JZ*, 6/1994, p. 288.

⁴⁰⁴⁵ BGH, 16 novembre 1993 - BGHZ 124, 128, §37 (jurion).

⁴⁰⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁴⁷ *Ibid.*, considérant 2 : « *La chambre maintient sa conception selon laquelle, dans les cas où une faute médicale explique [...] qu'une IMG n'ait pas été réalisée en cas d'indication [...] embryopathique, une action en responsabilité peut être menée contre le médecin afin qu'il verse des dommages et intérêts aux parents pour les frais relatifs à la prise en charge de l'enfant* ».

⁴⁰⁴⁸ *Ibid.*, §37 : Le juge précise que « *ni le régime juridique du droit de la responsabilité ou de la famille, ni une conception générale des faits n'imposent de concevoir l'existence de l'enfant comme un dommage pour répondre à la question qui nous est posée en termes de responsabilité* », voir notamment DEUTSCH E., « *Schadensrecht und Verfassungsrecht : Akt II - Unterhalt oder Kind als Schaden : der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab* », *NJW* Heft 12, 1994, p. 776

arrêt de 1993, la Cour fédérale de justice précise que « *la chambre ne conteste pas le fait que la charge financière que représente l'enfant est liée à son existence même* »⁴⁰⁵⁰ il ajoute cependant qu'il « *s'agit d'un lien de causalité naturel qui est dénué de jugement de valeur* »⁴⁰⁵¹. Que l'enfant soit désiré ou non, il constitue une charge financière et donc un préjudice matériel⁴⁰⁵². Si l'enfant est handicapé, le préjudice financier est plus important. Dans ce cas, il convient de calculer la différence de frais engendrés entre, d'un côté, l'éducation d'un enfant non handicapé et, de l'autre, celle d'un enfant handicapé et d'imposer le remboursement de ces frais au médecin qui n'a pas respecté ses obligations contractuelles⁴⁰⁵³. C'est là la fonction première du droit de la responsabilité⁴⁰⁵⁴. Il n'y a donc pas d'atteinte à la dignité⁴⁰⁵⁵ car l'existence de l'enfant doit être distinguée des frais qu'il engendre⁴⁰⁵⁶.

1327. En Allemagne, le juge admet donc également que la naissance d'un enfant - ou plus exactement, les charges qui en découlent - puisse être considérée comme un dommage⁴⁰⁵⁷. L'ordre juridique valide ainsi, indirectement, la légitimité des IMG. Si tel n'était pas le cas, il n'admettrait pas que l'entrave ou l'échec d'IMG puisse donner lieu à indemnisation. Cependant, il accepte également d'indemniser le préjudice lié à la naissance de l'enfant qui résulte d'un échec contraceptif ou d'une stérilisation lorsqu'elle est la conséquence d'une faute médicale. À première vue, il ne distingue donc pas entre la naissance d'un enfant sain et d'un enfant handicapé. Cependant, lorsque l'encadrement juridique est mis en perspective, en Allemagne, et encore plus en France, avec l'encadrement de l'IVG, il apparaît alors que les ordres juridiques n'appréhendent pas de la même manière l'enfant sain et l'enfant non « normalisé » à l'aune d'une certaine conception de la normalité physique et mentale.

⁴⁰⁴⁹ Sur cette question, voir notamment LANKERS W., « Zur Abwälzung von Unterhaltskosten », *FamRZ*, 1969, p. 384 ; DEUTSCH E., « Schadensrecht und Verfassungsrecht : Akt II - Unterhalt oder Kind als Schaden : der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab », *NJW*, Heft 12, 1994, p. 776 ; GIESEN D., « Schadenbegriff und Menschenwürde - zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind », *JZ*, 6/1994, p. 286.

⁴⁰⁵⁰ BGH, 16 novembre 1993 - BGHZ 124, 128, §39. DEUTSCH E., « Neues Verfassungszivilrecht : rechtswidriger Abtreibungsvertrag gültig - Unterhaltspflicht aber kein Schaden », *NJW*, 1993, p. 2361.

⁴⁰⁵¹ *Ibid.*

⁴⁰⁵² *Ibid.*

⁴⁰⁵³ *Ibid.*, §41. Voir notamment sur ce point DEUTSCH E., « Schadensrecht und Verfassungsrecht : Akt II - Unterhalt oder Kind als Schaden : der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab », *op. cit.*, p. 776.

⁴⁰⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵⁵ Voir pour un commentaire sur ce point. GIESEN D., « Schadenbegriff und Menschenwürde - zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind », *JZ*, 6/1994, p. 286.

⁴⁰⁵⁶ « Trennungslehre », défendue notamment par GRUNSKY W., « Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadenersatz », *JZ*, 1983, p. 373 ; MERTENS, H.J., « Ein Kind als Schadensfall », *FamRZ*, 1969, p. 251 ; GIESEN D., « Enzynorm statt Eugynon und die Folgen aus §254 BGB », *FamRZ*, 1969, p. 319. Contra : Voir notamment WAIBL K., « Kindesunterhalt als Schaden ("Wrongful birth") - Vertragliche Ansprüche der Eltern im Falle fehlgeschlagener Familienplanung », *NJW*, 1987, p. 1513 ; voir notamment, OLG, Bamberg, *NJW*, 1978, p. 1685 ; OLG Frankfurt, *NJW*, 1983, 341.

⁴⁰⁵⁷ Voir, en faveur de l'action des parents, DEUTSCH E., « Schadensrecht und Verfassungsrecht : Akt II - Unterhalt oder Kind als Schaden : der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab », *op. cit.*, p. 776 ; GIESEN D., « Schadenbegriff und Menschenwürde - zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind », *JZ*, 6/1994, p. 287.

2. L'action en réparation des parents exclue dans le cadre de l'IVG

1328. Il peut apparaître logique que le juge indemnise le préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé du fait de la non-réalisation fautive par le médecin d'un DPN adapté ou des obligations d'informations qui lui incombent en ce cas. Il importe néanmoins de rappeler que le droit, en particulier le droit français, refuse pourtant d'indemniser le préjudice qui résulte de la naissance d'un enfant sain. Plus largement, il importe de mettre en perspective la manière dont le droit appréhende l'IVG avec celle dont il régit l'IMG afin d'observer que c'est bien la production de *bios* que le droit encourage (a). Cela conduit alors à interroger les logiques profondes du dispositif français *anti-Perruche* qui ne semblent finalement pas tant sauvegarder la protection de *zoe* qu'une certaine économie du corps médical (b).

a. Le traitement juridiquement différencié de l'IMG et de l'IVG en droit

1329. Malgré les limites fixées par la loi française, la légitimité de l'élimination *in utero* des êtres conçus jugés non conformes à une certaine conception de la *vie bonne* n'est pas remise en cause par le dispositif *anti-Perruche*. La naissance d'un enfant handicapé est toujours susceptible d'être appréhendée comme un préjudice. Pourtant, on l'a vu, lorsqu'une femme demande l'indemnisation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant *sain* en raison de l'échec fautif de l'IVG qu'elle souhaitait pratiquer, le juge estime que la naissance d'un enfant ne saurait constituer un préjudice⁴⁰⁵⁸. Pourtant, le juge aurait tout à fait pu considérer, comme en matière d'IMG, que le préjudice ne réside pas dans la naissance de l'enfant mais dans la *perte de chance* causée par la faute médicale de réaliser une IVG⁴⁰⁵⁹. Cette différence dans la reconnaissance du préjudice conduit alors certains auteurs à qualifier l'IVG de « *droit d'accès* » et l'IMG de « *véritable droit* »⁴⁰⁶⁰. En effet, dans le premier cas, dès lors que la femme a eu accès au soin, il n'existe pas de sanction en cas d'échec de l'IVG ; il existe donc une obligation d'accès mais pas d'obligation de résultat. Dans le second cas, en revanche, il existe une possibilité, certes conditionnée, mais dont l'échec appelle indemnisation. Il s'agirait donc d'un droit. Trois hypothèses explicatives - non exclusives les unes des autres - peuvent alors être soulevées pour tenter de comprendre cette différence de qualification. En premier lieu, tout en refusant de le dire, le droit valorise davantage la vie de l'enfant sain que celle de l'enfant handicapé. En deuxième lieu, c'est le refus par la femme du rôle de mère qui dérange en

⁴⁰⁵⁸ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

⁴⁰⁵⁹ En ce sens, TGI Évreux, 21 décembre 1979 ; note Penneau, *Dalloz*, 1981, p. 187. Voir aussi TGI Bobigny, 9 février 1983 ; LAFAGE P., « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰⁶⁰ IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, *op. cit.*, p. 41

matière d'IVG⁴⁰⁶¹. En troisième lieu, c'est la différence de rôle du médecin dans la qualification de l'acte qui explique en partie cette différence de traitement. En effet, dans le cas de l'IVG, le médecin n'exerce aucun contrôle sur la décision d'IVG de la femme. En revanche, en matière d'IMG, c'est lui qui qualifie l'indication susceptible de l'autoriser. Partant, la décision médicale protégerait contre l'«*eugénisme consumériste marqué par la quête d'un enfant mythique et parfait*»⁴⁰⁶² et expliquerait que la non-réalisation fautive d'une IMG soit alors indemnisée. Ce faisant, même si l'échec d'IMG est indemnisé, l'accès à l'IMG n'est pas garanti, de sorte qu'il n'est pas réellement possible de parler de *droit à l'IMG*. Cela étant, les différences d'appréhension par le droit français de l'IMG et de l'IVG révèlent que celui-ci ne leur accorde pas la même légitimité. Il est alors possible de se demander si, en France, la normalisation *indirecte* de *zoe* n'est pas davantage admise que le refus de la femme enceinte de renoncer à la maternité.

1330. En Allemagne, il est vrai que le juge accepte d'indemniser les parents lorsqu'il a été porté atteinte à leur droit à la planification familiale⁴⁰⁶³. Partant, il n'existe pas *prima facie* de différences entre l'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant sain et d'un enfant handicapé⁴⁰⁶⁴. Si le montant de l'indemnisation est souvent plus important dans le premier cas, c'est parce que les frais relatifs à la prise en charge d'un enfant handicapé sont plus élevés que ceux relatifs à un enfant sain⁴⁰⁶⁵. C'est donc, à première vue, un facteur *objectif* - le coût de la prise en charge - qui explique la différence d'indemnisation et non l'idée selon laquelle la vie d'un enfant handicapé constituerait un préjudice plus grand que celle d'un enfant sain⁴⁰⁶⁶. Cela étant, il convient de rappeler que l'indemnisation ne peut être admise si la naissance préjudiciable résulte de l'échec d'une IVG. En effet, le juge allemand considère que, dans la mesure où l'IVG demeure illégale dans son principe - car elle porte atteinte à la vie - son échec ne peut pas être indemnisé. Reste que l'IMG porte elle aussi atteinte à la vie⁴⁰⁶⁷. Pourtant, non seulement le droit l'autorise mais il permet également l'indemnisation de la femme qui n'a pas pu recourir à une telle IMG en raison d'une faute médicale. Indirectement, il reconnaît ainsi, dans une certaine mesure, un *droit à l'IMG*. En

⁴⁰⁶¹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

⁴⁰⁶² Propos cités par IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰⁶³ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1). Voir aussi, WAIBL K., « Kindesunterhalt als Schaden ("Wrongful birth") Vertragliche Ansprüche der Eltern im Falle fehlgeschlagener Familienplanung », *op. cit.*, p. 1513.

⁴⁰⁶⁴ WAIBL K., « Kindesunterhalt als Schaden ("Wrongful birth") Vertragliche Ansprüche der Eltern im Falle fehlgeschlagener Familienplanung », *op. cit.*, p. 1513 : « *Qu'un jugement de valeur négatif sur l'enfant serait porté si on admettait l'indemnisation seulement dans le cas où l'enfant est handicapé [mais que] si, revanche, comme la Cour fédérale de justice, on reconnaît que, dans tous les cas, des dommages et intérêts peuvent être versés, cela ne constitue pas une atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant* ».

⁴⁰⁶⁵ Medizinschadensrecht, 2013, WAIBL K., « Kindesunterhalt als Schaden ("Wrongful birth") Vertragliche Ansprüche der Eltern im Falle fehlgeschlagener Familienplanung », *op. cit.*, p. 1513.

⁴⁰⁶⁶ En ce sens, WAIBL K., « Kindesunterhalt als Schaden ("Wrongful birth") Vertragliche Ansprüche der Eltern im Falle fehlgeschlagener Familienplanung », *op. cit.*, p. 1513.

⁴⁰⁶⁷ Sur cette question, WALDSCHMIDT A., « Normierung oder Normalisierung : Behinderte Frauen, der Wille zum Normkind und die Debatte um die Pränataldiagnostik », in GRAUMANN S., SCHNEIDER I., *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, *op. cit.*, p. 95.

revanche, en l'absence d'anomalie fœtale, lorsque la femme ne supporte tout simplement pas l'idée d'être mère - mais qu'elle ne se trouve pas dans une détresse psychologique telle qu'elle pourrait bénéficier à ce titre d'une IMG - elle ne peut pas être indemnisée du préjudice résultant de la naissance de l'enfant, car l'IVG ne constitue pas un droit. Indirectement, l'atteinte à la vie de *zoe*, de la seule vie *nue*, est ainsi admise par le droit ; sa non-réalisation est indemnisée. Tel n'est pas le cas de l'atteinte à la vie anténatale susceptible de devenir *bios* (car dénuée d'anomalie).

1331. En ce sens, il faut également rappeler⁴⁰⁶⁸ que les droits français et allemand prévoient des délais différents pour l'IVG et l'IMG. Ainsi, en France, une IVG ne peut être réalisée que dans les 12 premières semaines⁴⁰⁶⁹ tandis qu'aucun délai n'est explicitement prévu en cas d'IMG ce qui permet, en théorie, la réalisation de l'interruption jusqu'au dernier jour de la grossesse. Ainsi lorsque la femme ne souhaite pas être mère, le droit n'autorise une atteinte à la vie que pendant les douze premières semaines de la grossesse ; en revanche, lorsque la femme ne veut pas être la mère d'un enfant malade ou handicapé, il autorise l'atteinte pendant neuf mois. Même si une telle atteinte peut être considérée comme justifiée, il convient de noter que le droit procède à une différence de traitement entre les différentes formes de vie. Il en va de même en Allemagne. En effet, depuis 1995⁴⁰⁷⁰, l'IMG n'est plus soumise à aucun délai⁴⁰⁷¹. Lorsqu'une indication fœtale était expressément prévue par le droit, la réalisation de l'IMG était conditionnée par un délai de 22 semaines. Mais depuis que l'IMG fœtale est intégrée aux indications maternelles, il n'existe plus aucun délai, ce que critique d'ailleurs la Chambre fédérale des médecins en 1998 : elle considère qu'au-delà du seuil de viabilité du fœtus, une IMG pour indication fœtale ne devrait être réalisée que dans des cas tout à fait exceptionnels⁴⁰⁷². La jurisprudence semble certes considérer que s'il s'agit d'un avortement tardif, il doit faire l'objet d'un encadrement spécifique car, dès lors que le fœtus est viable, l'appréciation à faire de l'IMG doit être plus stricte⁴⁰⁷³. Mais le législateur n'a posé aucun délai textuel. On observe, au contraire, une fois de plus, qu'en supprimant l'indication fœtale en 1995, le législateur assouplit son régime juridique.

1332. Ces différents éléments permettent ainsi d'observer que la normalisation *indirecte* de *zoe* est jugée légitime par les deux ordres juridiques étudiés. Ils considèrent, dans une certaine mesure, qu'il existe un *droit* à la sélection anténatale. En ce qui concerne la France en particulier, ces différents

⁴⁰⁶⁸ Cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2).

⁴⁰⁶⁹ Article 2212-1 CSP.

⁴⁰⁷⁰ Avant la modification législative de 1995, l'interruption de grossesse pour indication embryopathique était cantonnée à un délai de 22 semaines

⁴⁰⁷¹ §218a alinéa 2 StGB ; cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁴⁰⁷² BÄK, Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁷³ BGH, 18 juin 2002, VI ZR 136/01, p. 12 : « Il n'est pas nécessaire de décider, en l'espèce, si et sous quelles conditions, un avortement tardif d'un enfant handicapé - dans le but de protéger la femme enceinte contre un grave danger psychique - est susceptible de soulever des problèmes juridiques. Car il ne s'agit pas ici d'un avortement tardif ».

éléments nous invitent alors à nous demander les raisons pour lesquelles le législateur français a déployé avec autant d'ardeur le dispositif *anti-Perruche* alors même qu'il ne conduit pas à une protection réellement plus efficace de *zoe* ?

b. Les raisons du dispositif *anti-Perruche*

1333. Il convient ici de s'interroger sur les raisons qui peuvent expliquer la mise en place d'un dispositif d'une ampleur telle qu'il interdit à la fois l'action en réparation de l'enfant, limite le préjudice indemnisable des parents et tente d'imposer la rétroactivité de la loi. Comment expliquer que, dans un premier temps, l'action en réparation intentée par les parents ait été pleinement admise - alors même que les indemnités accordées à l'époque étaient conséquentes⁴⁰⁷⁴ - puis que, dans un second temps, l'arrêt *Perruche* suscite des réactions telles que le législateur édicte la loi de 2002 pour limiter ces différentes actions ?

1334. Un certain nombre d'éléments, identifiés notamment à l'aide des analyses doctrinales produites à propos de l'affaire *Perruche*, peut expliquer que le législateur interdise l'action en réparation de l'enfant⁴⁰⁷⁵.

1335. En premier lieu, ce dispositif produit des effets symboliques forts : il prétend protéger, comme on l'a vu, *toutes* les formes de vies humaines, lutter contre des dérives eugéniques⁴⁰⁷⁶ et ne pas encourager les médecins à un « eugénisme prénatal »⁴⁰⁷⁷. En deuxième lieu, et de manière plus indirecte, la virulence des réactions *anti-Perruche* a pu, pour partie, trouver son origine dans une volonté de contester la légitimité de l'interruption *volontaire* de grossesse⁴⁰⁷⁸. En effet, dans l'affaire *Perruche*, la femme obtint les résultats de ses analyses rubéoliques dans les 12 premières semaines de sa grossesse et annonçait qu'en cas de résultat positif, elle procéderait à une IVG. Certains auteurs

⁴⁰⁷⁴ Par exemple, CE, 14 février 1997, n° 133238 : « *Le Centre hospitalier régional de Nice est condamné à payer, d'une part, à chacun des époux X... une somme de 100 000 F et, d'autre part, à M. et Mme X..., une indemnité en capital représentant le versement d'une rente mensuelle de 5 000 F pendant toute la durée de vie de Mathieu X... M. et Mme X... sont renvoyés devant le Centre hospitalier régional de Nice pour liquidation de l'indemnité en capital telle qu'elle a été fixée par le présent article* ».

⁴⁰⁷⁵ Et encore, lorsque l'enfant est né avant la loi de 2002, l'ancienne jurisprudence s'applique toujours : CC, 3 mai 2018, n° 16-27.506, DEBET A., « Dix-huit ans après : la jurisprudence *Perruche* encore vivante grâce à la Cour de cassation », *JDSAM*, juillet 2018, n° 20, p. 41.

⁴⁰⁷⁶ PETIT J., « L'application de la loi anti-*Perruche*, sous CE 6 décembre 2012 », *op. cit.* ; OLSON T., sous CE 22 novembre 2002 n° 250167, conclusion du commissaire du gouvernement.

⁴⁰⁷⁷ LAFAGE P., « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *op. cit.*, n° 047, p. 14. Pour une critique de l'objectif de protection de la vie : DE BECHILLON D., CAYLA O., YAN T., « L'arrêt *Perruche*, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, 21 décembre 2000, p. 18.

⁴⁰⁷⁸ Voir notamment sur ce point, HEERS M., « Existe-t-il un droit à l'avortement, à propos de la responsabilité d'un hôpital du fait de la non-révélation d'une anomalie fœtale. Conclusions sur Trib. adm. Strasbourg, 17 juillet 1990. M. et Mme Sokal c/ Hôpital N.D. du Bon Secours », *AJDA*, 1991, p. 217 ; note Darcy, *RDSS*, 1991, p. 69 ; SERIAUX A., « *Perruche* et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », *Dalloz*, 2002, p. 1996 ; LAFAGE P., « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *op. cit.*, p. 14 ; LAJARTRE A., « La responsabilité hospitalière face au DPN erroné », *op. cit.*, p. 265 ; SAINTE ROSE J., sous CC 17 novembre 2000, conclusion de l'avocat général. Contra : HAMON F., « Le droit de ne pas naître devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 29 juillet 2010, n° 150, p. 4.

ont pu alors craindre que la jurisprudence *Perruche* de la Cour de cassation ne mène à la reconnaissance explicite d'un *droit à l'IVG*, ce qu'ils contestent. En troisième lieu, les implications théoriques de la décision *Perruche* pourraient également expliquer ses contestations. En effet, les débats doctrinaux ont porté en partie sur la définition même du *droit* : la Cour de cassation pouvait-elle, comme elle l'a fait, interpréter les dispositions du droit de la responsabilité, ou le respect de certaines valeurs *supérieures* lui *imposait-il* une autre solution ?⁴⁰⁷⁹ Effectivement, admettre la solution de la Cour de cassation, c'est admettre explicitement que le droit peut se fonder sur des *fiction*s, qu'il peut distinguer la naissance d'un enfant handicapé de son handicap, qu'il peut créer des catégories *artificielles*. Une telle admission remet en cause l'idée selon laquelle l'ordre juridique devait - particulièrement en ce qui concerne le domaine reproductif - se fonder sur le respect d'une certaine *naturalité* et que les solutions juridiques sont imposées par le respect de vérités biologiques⁴⁰⁸⁰. En dernier lieu, ce dispositif semble également s'expliquer par des craintes relatives au développement d'actions en réparation de l'enfant à l'égard des parents⁴⁰⁸¹. Certains auteurs s'inquiètent en effet de ce que la consécration d'un droit de ne pas naître pourrait permettre à l'enfant d'intenter une action à l'encontre des parents qui n'auraient pas opté pour une interruption de grossesse⁴⁰⁸².

1336. Cependant, aucun de ces éléments ne permet d'expliquer que le législateur limite l'action en réparation des parents. Un tel choix législatif ne renforce pas considérablement la protection de la vie. La vie d'un enfant handicapé peut toujours constituer un préjudice⁴⁰⁸³. Qui plus est, la reconnaissance du seul préjudice moral⁴⁰⁸⁴ des parents - imposée par la loi de 2002 - n'apparaît pas nécessairement plus éthique que la reconnaissance du préjudice matériel⁴⁰⁸⁵. En effet, comme le souligne la Cour fédérale de justice allemande, reconnaître le préjudice matériel signifie prendre en compte les coûts engendrés par la naissance d'un enfant handicapé ; coûts qui sont *objectivement* mesurables (éventuel déménagement, embauche d'une tierce personne, nouveau mobilier, matériel paramédical, etc.). En revanche, reconnaître le préjudice moral des parents souligne le fait que la

⁴⁰⁷⁹ Voir notamment BECHILLON D., « Porter atteinte aux catégories fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD Civ.*, 2002, p. 47.

⁴⁰⁸⁰ DE BECHILLON D., CAYLA O., YAN T., « L'arrêt *Perruche*, le droit et la part de l'arbitraire », *op. cit.*, p. 18.

⁴⁰⁸¹ LAFAGE P., « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰⁸² Risques mentionnés par OLSON T., sous CE 22 novembre 2002 n° 250167, conclusion du commissaire du gouvernement ; SUREAU C., « Le médecin et les naissances préjudiciables », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 98 qui conteste cette possibilité ; de manière quelque peu similaire, HABERMAS J., *L'avenir de la nature humaine, vers un eugénisme libéral*, *op. cit.*, p. 26. L'auteur craint qu'avec le développement de la médecine génétique « les enfants qui naîtraient de ces opérations puissent alors, plus tard, demander des comptes aux fabricants de leur génome et les rendre responsables des conséquences, non désirées à leurs yeux, qu'a entraînées le point de départ organique de leur biographie ».

⁴⁰⁸³ En ce sens, IACUB M., *Penser les droits de la naissance*, *op. cit.*, p. 76 ; voir également, LABRUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *op. cit.*, p. 265 ; BECHILLON D., « Porter atteinte aux catégories fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD Civ.*, 2002, p. 47.

⁴⁰⁸⁴ En ce sens, BUCHER C.E., « Les suites de l'affaire *Perruche* », *Dalloz*, 2014, p. 1578.

⁴⁰⁸⁵ Contra : FINEL L., « La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales », *RDSS*, 1997 p. 223.

naissance d'un enfant handicapé constitue, pour eux, un désagrément, une souffrance⁴⁰⁸⁶, ce que la Cour allemande refuse précisément d'indemniser⁴⁰⁸⁷. En outre, non seulement la reconnaissance du préjudice moral n'apparaît pas plus éthique que celle du préjudice matériel mais elle conduit à une aggravation de la situation économique des familles⁴⁰⁸⁸. Comment expliquer alors la limitation de l'action ? Une dernière hypothèse mérite ici d'être soulevée : le dispositif *anti-Perruche* servirait la protection des intérêts économiques du corps médical. La jurisprudence *Perruche* est en effet critiquée car elle risque d'engendrer une extension du contentieux en responsabilité à l'égard du corps médical. Or une telle extension risquerait d'engendrer des frais considérables pour les assurances. D'autant plus que les techniques de DPN sont aujourd'hui tellement développées que pèse presque sur les médecins une obligation de résultat⁴⁰⁸⁹. Or, si le contentieux venait encore à s'étendre, les assurances pourraient décider de se retirer du marché obstétrique⁴⁰⁹⁰. Le Conseil constitutionnel souligne lui-même un tel risque en 2010, dans la décision par laquelle il invalide la rétroactivité de la loi :

« Les dispositions critiquées tendent à répondre aux difficultés rencontrées par les professionnels et établissements de santé pour souscrire une assurance dans des conditions économiques acceptables compte tenu du montant des dommages-intérêts alloués pour réparer intégralement les conséquences du handicap ; qu'en outre, le législateur a notamment pris en compte les conséquences sur les dépenses d'assurance maladie de l'évolution du régime de responsabilité médicale ; que ces dispositions tendent ainsi à garantir l'équilibre financier et la bonne organisation du système de santé »⁴⁰⁹¹.

1337. En outre, Jean François MATTÉI, Jean Louis DEBRÉ et Philippe DOUSTE-BLAZY signalent, en introduction d'une de leur proposition de loi relative à l'indemnisation des handicaps congénitaux, que si le contentieux en réparation des parents n'est pas circonscrit,

« les médecins s'orienteront vers la cessation de ce type d'activité. Le risque de fermeture de services d'échographie existe et se vérifie déjà dans la réalité. Outre le souhait de ne pas être engagés dans des actions en justice, ils seront, pour tous ceux exerçant en secteur 1 à honoraires fixés, dans l'incapacité d'assumer les surcoûts considérables des polices d'assurance déjà multipliées par un facteur 4 en peu de temps. Seuls les praticiens exerçant en secteur à honoraires libres pourraient

⁴⁰⁸⁶ CC, 2^{ème} chambre civile, 16 septembre 2010, n° 09-69433 : La reconnaissance du préjudice moral est « liée aux souffrances psychiques et aux troubles » de la personne concernée. Il représente, selon la doctrine, une « atteinte au bien-être de la victime » (BLOCH C., GIUDICELLI A., « Préjudice », in LE TOURNEAU P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2014 reprenant Loïc Cadiet) et se définit en fonction de « l'intensité du choc psychologique » (LUCIANI MIEN D., « Indemnisation des détentions provisoires abusives », *AJ pénal*, 2011, p. 338).

⁴⁰⁸⁷ BGH, 18 juin 2002 - VI ZR 136/01.

⁴⁰⁸⁸ En ce sens, MONTECLER M.C., « Les premiers effets de la loi anti-Perruche », *Dalloz*, 2002, p. 2156. Certains auteurs considèrent, à l'inverse, qu'admettre l'indemnisation de l'enfant lui permet de se prévaloir de son humanité : DE BECHILLON D., CAYLA O., YAN T., « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire », *op. cit.*, p. 18 ; BECHILLON D., « Porter atteinte aux catégories fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTDciv.*, 2002, p. 47.

⁴⁰⁸⁹ HORS-CAYLA M.C., CAYLA J.S., « Progrès et limite du DPN », *RDSS*, 1997, p. 772 ; MONTELLER M.C., « Les premiers effets de la loi anti-Perruche », *Dalloz*, 2002, p. 2156.

⁴⁰⁹⁰ OLSON T., sous CE 22 novembre 2002 n° 250167, conclusion du commissaire du gouvernement ; PETIT J., « L'application de la loi anti-Perruche, sous CE 6 décembre 2012 », *RFDA*, 2003 p. 339 ; MONTELLER M.C., « Les premiers effets de la loi anti-Perruche », *Dalloz*, 2002, p. 2156 ; HAMON F., « Le droit de ne pas naître devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 4.

⁴⁰⁹¹ Conseil constitutionnel, QPC n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, « Mme Vivianne L. », §15.

éventuellement poursuivre leur activité en augmentant d'autant leurs tarifs, ce qui conduirait inévitablement à une médecine à deux vitesses »⁴⁰⁹².

1338. Dès lors, il semble bien le dispositif *anti-Perruche* entende protéger les intérêts économiques du corps médical. La loi de 2002 entend notamment empêcher le versement d'une rente mensuelle aux parents⁴⁰⁹³, imposée dans certaines décisions antérieures⁴⁰⁹⁴. En ce sens, certaines études de terrain menées par des sociologues soulignent qu'effectivement la décision *Perruche* a conduit un certain nombre de médecins à cesser leur activité échographique, « entraînant ou aggravant sérieusement l'inégalité d'accès à l'échographie et, partant, au dépistage prénatal »⁴⁰⁹⁵. De manière quelque peu paradoxale, le dispositif *anti-Perruche* s'assure ainsi de la pérennité des activités de DPN⁴⁰⁹⁶. Sans qu'il soit ici question de contester la légitimité de l'objectif de protection des intérêts économiques du corps médical - question qui va bien au-delà du champ de la présente recherche - il importe néanmoins de mettre en lumière cet aspect de la discussion. Il permet d'établir que ce n'est pas, à titre principal, un objectif de protection de *zoe* que poursuit le dispositif *anti-Perruche*⁴⁰⁹⁷. Plus encore, ce dispositif sauvegarde, en protégeant les activités de DPN, la normalisation *indirecte* de *zoe*. En ce sens, Catherine LABROUSSE-RIOU considère que « l'indemnisation du handicap de naissance favorise, en fait, le développement des pratiques eugéniques, et implique, en droit, la formation de standards de normalité des êtres humains »⁴⁰⁹⁸. En effet, les actions en justice sont intentées lorsque la naissance d'un enfant handicapé n'a pas été empêchée en raison d'une erreur dans le DPN, mais non lorsque la naissance d'un enfant sain a été empêchée. Les décisions médicales sont en effet contestées lorsque le médecin ne relève pas *in utero* une anomalie (ou en cas de faux-négatifs) mais non en cas de faux-positifs ou lorsque le médecin autorise une IMG alors que l'affection n'est pas aussi grave qu'elle y paraît⁴⁰⁹⁹. Ce second type d'action est en effet impossible puisqu'il n'existe aucun contrôle de la qualification par les CPDPN de la gravité de l'affection. Une étude réalisée en 2003 indique que

⁴⁰⁹² MATTÉI J.F., DEBRÉ J.L., DOUSTE BLAZY P., Proposition de loi relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux, n° 3431, 3 décembre 2001.

⁴⁰⁹³ Même si, dans les faits, les juges accordent encore aux parents d'importantes indemnités, cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁴⁰⁹⁴ CE, 14 février 1997, n° 133238 : obtention, par exemple, d'un versement de 5000F par mois.

⁴⁰⁹⁵ MOYSE D., DIEDERICH N., « Après l'affaire Perruche, le dépistage prénatal des anomalies à l'épreuve de la judiciarisation », *Journal de la réadaptation médicale*, 2005, 25, n° 3, p 143.

⁴⁰⁹⁶ En ce sens, HAMON F., « Le droit de ne pas naître devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 4 ; MOYSE D., DIEDERICH N., « Après l'affaire Perruche, le dépistage prénatal des anomalies à l'épreuve de la judiciarisation », *op. cit.*, p. 141.

⁴⁰⁹⁷ IACUB M., « Liberté de procréer ou droit de ne pas naître », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 69. Voir également SUREAU C., « Le médecin et les naissances préjudiciables », in JOUANNET P., IACUB M. (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, *op. cit.*, p. 98 ; en ce sens, FABRE-MAGNAN M., « Avortement et responsabilité médicale », *RTDciv.*, 2001, p. 28 : L'auteur considère que c'est le développement continu de l'obligation d'information et de conseil génétique du médecin sur l'état du fœtus qui conduit petit à petit à une forme de « normalisation des naissances » et non la jurisprudence de la Cour de cassation.

⁴⁰⁹⁸ LABROUSSE-RIOU C., « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *op. cit.*, p. 271.

⁴⁰⁹⁹ *Ibid.*

« l'extension des indications de l'interruption médicale de grossesse et la réalisation de certaines d'entre elles au moindre doute quant à la normalité du fœtus sont mentionnées comme une réalité par plusieurs praticiens »⁴¹⁰⁰. Cependant, les auteurs de cette étude n'en attribuent pas la principale responsabilité au contentieux en responsabilité. Ils considèrent que c'est davantage l'obligation d'information renforcée de la femme enceinte qui, créant un climat très anxiogène, l'encourage à réaliser toute une série de tests et à demander, au moindre doute, une IMG⁴¹⁰¹. Ce qui est certain, c'est que, même si entre 2011 et 2016 les chiffres de l'IMG sont restés relativement stables en France⁴¹⁰², ce contentieux n'entrave nullement la mise en œuvre d'une normalisation *indirecte* de *zoe* à l'aune de certaines de ses caractéristiques génétiques. Il l'encourage même.

⁴¹⁰⁰ MOYSE D., DIEDERICH N., « Après l'affaire Perruche, le dépistage prénatal des anomalies à l'épreuve de la judiciarisation », *op. cit.*, p 143.

⁴¹⁰¹ *Ibid.*

⁴¹⁰² ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaine en France*, 2016, CNDPN3 : 6994 IMG autorisées en 2011 pour 7084 en 2015.

Conclusion du chapitre 1

1339. *Via* l'autorisation du DPN et du DPI, on a pu établir que les droits français et allemand permettent la mise en œuvre d'une normalisation de *zoe* à l'aune de certaines de ses caractéristiques génétiques ou physiques. Il ne s'agit certes pas de pratiques *imposées* par l'État puisque la mise en œuvre de ces mesures doit avoir été consentie et acceptée par les individus. Cependant, tant pour le DPN que le DPI, le recours à ces mesures est encouragé par les ordres juridiques qui prévoient, malgré des conditions d'accès en apparence très rigides, un cadre en réalité propice à leur mise en œuvre. Dès lors, il ne s'agit pas de pratiques strictement *individuelles*. En autorisant les individus, à évincer les vies biologiques qui ne correspondent pas aux critères habituels de la normalité, dans un contexte social réputé toujours plus propice au culte de l'enfant « *parfait* »⁴¹⁰³, l'État met en œuvre des incitations à la normalisation⁴¹⁰⁴. Par cet instrument phare du biopouvoir sanitaire que sont les diagnostics anténatals, les ordres juridiques *délèguent* aux individus la mise en œuvre de la normalisation du vivant. Ce n'est pas sans rappeler quelques aspects de la doctrine eugénique : comme elle, ces diagnostics se fondent, en effet, sur un objectif qualitatif (éviter des souffrances liées à la production d'une vie jugée non conforme aux critères de la vie *bonne*), une collaboration du corps médical (qui chapeaute toute la procédure), une primauté du collectif sur l'individuel (les DPN étant pensés comme des instruments de santé publique) et une importance forte accordée à l'hérédité (il est jugé préférable d'éviter la transmission de certaines anomalies).

1340. Cependant, si la normalisation s'exprime ici de manière indirecte et libérale, il existe encore des cas où la réalisation de cette normalisation n'est pas entièrement déléguée aux individus. Parfois, en effet, l'ordre juridique ne se contente pas d'encourager les individus à mettre eux-mêmes en place des processus de normalisation, mais il l'exige. La frontière entre eugénisme individuel et eugénisme collectif est alors, dans de tels cas de figure, encore plus difficile à tracer. En effet, si, en ce qui concerne le DPN et le DPI, le contexte social et le cadre juridique dans lesquels ces tests s'inscrivent sont certes susceptibles d'influencer leur décision, leur réalisation n'est pas *imposée* par les pouvoirs publics ou par les médecins. Dans d'autres cas, en revanche, l'exigence de consentement n'est pas posée de manière explicite par le droit, de telle sorte que la démarcation entre un processus de normalisation directe et indirecte est difficile à identifier.

⁴¹⁰³ CORPART I., « La santé de l'enfant à naître : vers l'enfant parfait ? », *Médecine et droit*, n° 5, 1995, p. 3

⁴¹⁰⁴ POTTE-BONNEVILLE M., *Individualisation et subjectivation* : remarques à partir de Michel Foucault, in CORCUFF P., LE BART C., DE SINGLY F., *L'individu aujourd'hui - débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, Presses Universitaires de Rennes, 2010, p. 122.

1341. L'hypothèse première de notre étude est que l'encadrement juridique de la procréation soutient la mise en œuvre de processus de normalisation de la parenté. Il s'agit de mécanismes qui tendent à favoriser la production de *bons* parents, c'est-à-dire des parents jugés les plus aptes au bon développement de la vie à naître, *zoe*. Cette normalisation opère grâce à différents mécanismes⁴¹⁰⁵, allant de l'interdiction explicite de certains modes de procréation à la mise en place d'incitations financières. Au-delà de ces mécanismes qui façonnent le cadre dans lequel les enfants adviennent à la vie, la normalisation de la parenté passe aussi, en amont, par des règles relatives aux *corps procréateurs* des personnes susceptibles de mettre des enfants au monde. C'est l'objet de ce dernier chapitre de s'attacher à celles-ci. Pour ce faire, on étudiera d'abord la manière dont le droit saisit les corps procréateurs des personnes qui, à raison de certaines formes de marginalité, sont construites comme ne correspondant pas à l'image du parent « normal » ou du *bon* parent. On envisagera en particulier l'hypothèse où cette marginalité tient à une absence de conformation aux normes de genre⁴¹⁰⁶ (à l'instar des personnes trans), ainsi que celle où elle peut être rattachée à une situation de vulnérabilité sociale (à l'instar des personnes handicapées mentales). L'analyse permet alors de mettre en évidence que, dans de tels cas de figure, la normalisation de la parenté passe par une normalisation des corps procréateurs mise en œuvre par des mécanismes de stérilisation. En effet, le juge des tutelles peut autoriser, à de strictes conditions, la stérilisation des personnes handicapées mentales⁴¹⁰⁷. En ce qui concerne ensuite les personnes trans, elles sont longtemps appréhendées comme souffrant d'une maladie mentale. À des fins thérapeutiques, le droit a construit un cadre au sein duquel elles pouvaient être autorisées à changer de sexe. Elles peuvent progressivement faire l'objet de procédures civiles de conversion sexuelle, à condition toutefois qu'elles ne soient plus aptes à procréer à la suite de cette transformation. Autrement dit, dans les deux cas, le droit permet - même s'il n'*impose* pas - leur stérilisation. Étant donné que, par ailleurs et de manière générale, le droit interdit la stérilisation forcée des individus⁴¹⁰⁸, on ne saurait identifier ici un mécanisme de normalisation *directe* de la parenté. On peut en revanche évoquer un processus

⁴¹⁰⁵ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 2).

⁴¹⁰⁶ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 2).

⁴¹⁰⁷ Article L2123-2 CSP.

⁴¹⁰⁸ En France, l'article 222-9 du Code pénal dispose que « les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ». De manière générale, une atteinte à l'intégrité physique n'est légale qu'à la double condition qu'elle poursuive un but médical et qu'elle ait été librement consentie (article 16-3 alinéa 1 Code civil). En Allemagne, le §226 du Code pénal pénalise également les atteintes graves à l'intégrité physique, c'est-à-dire « les atteintes qui ont pour conséquence que la personne blessée perde la vue d'un œil ou des deux yeux, l'ouïe, la parole ou ses capacités reproductives », d'une peine d'un à dix ans de prison.

de normalisation *indirecte via* les corps procréateurs⁴¹⁰⁹. L'analyse de détail ira donc au-delà des apparences d'un régime clair et précis de la stérilisation en France et en Allemagne - autorisation de la stérilisation volontaire à visée contraceptive et interdiction de la stérilisation contrainte - pour établir l'existence de zones grises entre ces deux cas de figure. C'est notamment le cas de ces stérilisations que l'on peut qualifier de *quasi-directes* : les personnes y ont certes formellement consenti - ou ne s'y sont pas expressément opposées - mais elles n'ont pas pour autant fait l'objet d'un consentement libre et éclairé. Par ce biais, le droit permet la mise en œuvre d'une normalisation *quasi-directe* de la parenté : elle s'assure que la vie non susceptible de se transformer en *vie bonne* (en l'absence de parents « normaux ») ne sera pas produite. Cette normalisation est notamment réalisée à l'aune d'une certaine conception de la santé mentale. Cette conception de la santé mentale des personnes qui ne détiennent pas les capacités mentales leur permettant d'élever correctement un enfant (**section 1**) et des personnes ne respectant pas les normes de genre, à l'instar des trans (**section 2**), justifie que le droit autorise leur stérilisation.

Section 1. La normalisation de la parenté des personnes handicapées mentales

Section 2. La normalisation de la parenté des personnes trans

⁴¹⁰⁹ Une stérilisation volontaire est autorisée en Allemagne depuis une décision *Dobr* de la Cour fédérale de justice de 1964 : BGH, 27 octobre 1964, 5 StR 78/64. En France, elle est autorisée depuis la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception qui introduit l'article L2123-1 CSP.

Section 1. La normalisation de la parenté des personnes handicapées mentales

1342. Les développements à venir se fondent ici sur l'hypothèse selon laquelle les droits allemand et français mettent en œuvre des processus de normalisation de la parenté des personnes handicapées mentales. Ils encouragent par ce biais la production de la vie dans un cadre familial considéré comme adapté à son bon développement - à sa transformation en *bios* - car structuré autour de « parents normaux ». Pour éprouver cette hypothèse, il importe d'analyser la manière dont les droits positifs français et allemand appréhendent la procréation de personnes pouvant être considérées comme socialement marginales, à l'instar des personnes handicapées mentales. Il sera alors possible d'observer que non seulement le droit n'encourage pas leur sexualité mais qu'il autorise même leur stérilisation *quasi-directe* depuis 1992 en Allemagne et 2001 en France. La stérilisation peut être ici qualifiée comme telle car, bien que non directement imposée par le droit - qui prévoit qu'en principe la volonté de la personne handicapée doit être recherchée -, elle n'est pas non plus pleinement consentie. Dans les deux pays, la loi habilite le juge à autoriser la stérilisation sans le consentement exprès de la personne concernée. L'intervention législative est notamment provoquée par la publication, à partir des années 1990, d'études relatant qu'en dehors de tout encadrement juridique, des pratiques de stérilisation des personnes handicapées mentales sont réalisées par des médecins⁴¹¹⁰. Les pouvoirs publics, alertés, décident alors de légiférer pour combler ce « *vide législatif* »⁴¹¹¹. Afin d'éviter que les pratiques réalisées dans l'ombre ne mènent à des abus et à des dérives, tout en protégeant la personne handicapée mentale contre une procréation qui pourrait être pour elle traumatisante⁴¹¹², les législateurs interviennent en France et en Allemagne pour réglementer, à de strictes conditions, la stérilisation des personnes handicapées mentales (sous-section 1).

⁴¹¹⁰ Voir notamment, GIAMI A., « Sexualité et handicaps : de la stérilisation eugénique à la reconnaissance des droits sexuels (1980-2016) », *Sexologies*, 25, 2016, p. 95 ; DIEDERICH, « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, Toulouse, Eres, 1998, p. 9 ; GIAMI A., LAVIGNE C., « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le consentement libre et éclairé », *Revue de médecine psycho-somatique*, 35, 1993, p. 35 ; CRISTOL D., « Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux. CE 26 septembre 2005, Association Collectif contre l'Handiphobie », *RDSS*, 2005, p. 1060 ; FRESNEL F., « La stérilisation des handicapés mentaux », *Médecine et droit*, 31, 12-7, 1998, p. 12 ; TOMKIEWICZ T., « À propos de la stérilisation des jeunes femmes handicapées mentales : petite histoire et grands principes », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap, op. cit.*, p. 223. Contra : DURAND B., « Éthique et handicap mental de l'enfant », in LENOIR N., *Aux frontières de la vie : paroles d'éthique*, Paris, La documentation française, 1991, p. 86 : « Cette pratique ne se rencontre guère aujourd'hui en France, même s'il arrive que des parents souhaitent une telle solution, tant ils sont effrayés par la sexualité de leurs enfants et par ses conséquences possibles ».

⁴¹¹¹ Expression utilisée par KESSLER F., « Protection juridique des personnes handicapées. La Cour de cassation s'intéresse à nouveau aux majeurs en tutelle », *RDSS*, 2001, p. 619.

⁴¹¹² Voir notamment, l'exposé des motifs du projet de loi allemand de 1989 (qui aboutit à la mise en place d'un dispositif de stérilisation des personnes handicapées) : Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 77.

1343. Cependant, cette autorisation, fût-elle mise en œuvre à des fins protectrices, permet la réalisation de processus de normalisation des corps procréateurs des personnes handicapées et avec elle de leur parenté (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Une stérilisation strictement encadrée et autorisée à des fins protectrices

1344. Dans des contextes juridiques différents, la France et l'Allemagne autorisent, à partir des années 1990, la stérilisation des personnes handicapées mentales. En 2001, alors que le législateur français décide de légaliser la stérilisation à visée contraceptive, c'est-à-dire d'autoriser tout individu à utiliser la stérilisation comme moyen de contraception, il régleme dans le même temps celle des personnes handicapées. Il l'encadre de strictes conditions, arguant de la nécessité de réglementer une pratique manifestement déjà mise en œuvre par les médecins, afin de protéger les personnes handicapées contre des abus et des dérives (**I**). En Allemagne, la stérilisation à visée contraceptive est déjà autorisée depuis 1964. C'est donc un contexte différent que le législateur intervient : en 1992, c'est dans le cadre d'une réforme plus vaste sur l'encadrement des personnes vulnérables qui tend à améliorer leur protection qu'est adoptée une loi autorisant la stérilisation (**II**).

I. Un encadrement apparemment strict en France

1345. En 2001, le législateur français se saisit de la question de la stérilisation contraceptive, dont la légalité est jusqu'alors controversée⁴¹¹³. Dans le cadre d'une réforme des dispositions du Code de santé publique sur la procréation (relative à l'extension du délai d'IVG, à la libéralisation du cadre

⁴¹¹³ Sur la controverse, en faveur de la thèse de l'illégalité : CC, chambre criminelle, 1^{er} juillet 1937, Bulletin criminel de 1937, n° 139, p. 257 ; IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Paris, La documentation française, 1989, p. 23 ; CC, Avis du 6 juillet 1998, Bulletin juillet 1998, Dalloz, 2008 ; observations Fossier, Droit de la famille, 1998, n° 162 ; Conseil de l'ordre des médecins, « Des incidences morales et déontologiques de certains actes médicaux », Compte rendu de la 64^{ème} session, BOM, mars 1962, p. 13. En faveur de la thèse de la légalité : CCNE, Avis n° 49, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, 3 avril 1996, p. 13 ; CA Rouen, 2 mars 1982, cité par GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, INSERM, INED, 2000, p. 147 ; Résolution du Conseil national de l'Ordre des médecins, 28 janvier 1983, BOM, avril 1983, 1, p. 157 ; Résolution du Conseil national de l'Ordre des médecins de juin 1996, BOM, septembre 1996, n° 7, p. 3 ; Conseil de l'Europe, Résolution 75/29 sur la législation relative à la fécondité et à la planification familiale, 14 novembre 1975. Sur le débat doctrinal, AUBY J.M., « Un droit à la stérilisation ? », *Mélanges Jacques Robert*, 1998, p. 20 ; HAUSER J., « L'avis de la Cour de cassation sur la stérilisation non thérapeutique », *RTD Civ.*, 1998, p. 881 ; MASSIP J., « Peut-on procéder à la stérilisation d'une majeure incapable », *LPA*, n° 110, 03 juin 1999, p. 20 ; JEANMONOD G., GASSER J., HELLER G., « Réglementation de la stérilisation des personnes mentalement déficientes. Perspectives historiques et réflexions actuelles », *Revue européenne du handicap mental*, 2002, p. 28 ; FOSSIER T., « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*, 1991, p. 1 ; GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, INED, INSERM, 2000, p. 148 ; MÉMETEAU G., « La stérilisation des malades mentaux », *Synapses*, février 1989, n° 51, p. 49.

contraceptif et à la stérilisation contraceptive), il régleme la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales.

1346. La loi de 2001 introduit l'article 2123-2 dans le Code de santé publique. Cette disposition autorise la stérilisation des personnes incapables, à de strictes conditions. Neuf conditions doivent être réalisées. En premier lieu, il doit s'agir d'une personne dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap. En deuxième lieu, il doit y avoir contre-indication à l'utilisation d'une contraception ou impossibilité de la mettre en œuvre⁴¹¹⁴. En troisième lieu, la personne doit être placée sous tutelle ou curatelle⁴¹¹⁵. En quatrième lieu, la demande doit être formulée par la personne concernée, son père, sa mère ou son représentant légal⁴¹¹⁶. En cinquième lieu, le juge des tutelles doit autoriser la stérilisation⁴¹¹⁷. En sixième lieu, le juge doit avoir entendu les pères et mères, le représentant, toute personne jugée utile, ainsi que la personne concernée. En septième lieu, le juge doit recueillir l'avis d'un comité d'experts qui apprécie la justification de l'intervention, ses risques et conséquences⁴¹¹⁸. En huitième lieu, si elle est apte à exprimer sa volonté, le consentement de la personne doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension⁴¹¹⁹. En dernier lieu, le juge ne peut passer outre son refus⁴¹²⁰.

⁴¹¹⁴ Article 2123-2 alinéa 1 CS : « Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ».

⁴¹¹⁵ Article 2123-2 alinéa 1 CSP.

⁴¹¹⁶ Article 2123-2 Alinéa 2 CSP : « Une décision du juge des tutelles saisie par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée ».

⁴¹¹⁷ Article 2123-2 alinéa 5 CSP : « Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ».

⁴¹¹⁸ L'article R2123-1 CSP précise ensuite les conditions géographiques de compétence du comité, sa composition, les procédures de désignation de ses membres, ainsi que les processus décisionnels qui y ont cours. Voir notamment, Article R2123-1 CSP : « Le juge des tutelles, saisi dans les conditions prévues à l'article L2123-2, recueille l'avis d'un comité d'experts constitué dans chaque région. Le comité compétent pour donner un avis est celui dans le ressort duquel la personne concernée est domiciliée. Le comité compétent pour donner un avis pour une personne domiciliée à Saint-Pierre-et-Miquelon est celui compétent pour la région d'Ile-de-France ». Article R2123-3 CSP : « Le mandat des membres titulaires et suppléants du comité est de trois ans. Il est renouvelable. En ce qui concerne les membres mentionnés au 3° de l'article R. 2123-2, il prend fin lorsque le mandataire perd la qualité au titre de laquelle il a été désigné. Lorsque l'un de ses membres cesse d'appartenir au comité d'experts, il est pourvu à son remplacement dans un délai d'un mois. Dans ce cas, le mandat du nouveau membre prend fin à la date à laquelle aurait cessé celui du membre qu'il a remplacé » ; article R2123-5 CSP : « Les fonctions des membres du comité sont exercées à titre gratuit. Les frais engagés pour l'exercice de leur mission sont remboursés par l'agence régionale de santé. L'agence assure le secrétariat du comité d'experts et met à sa disposition un local pour ses réunions » ; article R2123-7 CSP : « Le comité communique son avis par écrit au juge des tutelles qui l'a saisi. Ce dernier en informe la personne concernée et l'auteur de la demande ».

⁴¹¹⁹ Article 2123-2 alinéa 3 CSP : « Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement ».

⁴¹²⁰ Ibid.

1347. Les dispositions réglementaires indiquent par ailleurs que

« le comité procède à toutes les consultations et peut faire procéder à tous les examens qu'il estime nécessaires pour éclairer son avis. Il procède à l'audition de la personne concernée et s'assure qu'une information adaptée au niveau de compréhension de l'intéressé a été délivrée. Il vérifie qu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. À ce titre, il s'assure que des solutions alternatives à la stérilisation à visée contraceptive ont été recherchées et évalue les risques d'effets secondaires graves sur les plans physique ou psychique de l'intervention »⁴¹²¹.

1348. L'encadrement juridique du mécanisme de stérilisation apparaît comme relativement protecteur de la personne handicapée⁴¹²². La stérilisation ne peut intervenir qu'à titre subsidiaire⁴¹²³, à la condition qu'aucun autre contraceptif ne soit envisageable⁴¹²⁴. Une circulaire de 2001 énonce, en ce sens, que la loi « prévoit des dispositions protectrices spécifiques des droits et des intérêts des personnes dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap »⁴¹²⁵. Certains auteurs qualifient du reste les conditions posées par le texte, et notamment la liste limitative des personnes habilitées à formuler la demande, de « verrous »⁴¹²⁶ tandis que d'autres considèrent qu'il met en place un « véritable droit de veto de la personne handicapée »⁴¹²⁷.

1349. Ce texte prévoit donc une procédure à première vue stricte et complexe⁴¹²⁸. Il entend à la fois lutter contre les dérives eugéniques et protéger au mieux la personne handicapée. En effet, si les parlementaires insistent lors des débats sur la nécessité d'autoriser la pratique⁴¹²⁹, c'est avant tout pour pouvoir l'encadrer strictement⁴¹³⁰ et protéger la personne handicapée. Certains députés évoquent la nécessité d'autoriser la stérilisation, sous conditions, des handicapés mentaux « dans

⁴¹²¹ Article R2123-6 CSP.

⁴¹²² BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil » in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, Aix-Marseille, Publications de l'université de Provence, 2014, p. 136 ; FOSSIER T., VERHEYDE T., « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 30, 25 juillet 2001, p. 4.

⁴¹²³ BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil » in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 136 ; CRISTOL D., « Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux. CE 26 septembre 20005, Association Collectif contre l'Handiphobie », *op. cit.*, p. 1060.

⁴¹²⁴ GIRAUD F., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.*

⁴¹²⁵ Circulaire DGS/DHOS n° 2001-467 du 28 septembre 2001 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

⁴¹²⁶ FOSSIER T., VERHEYDE T., « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *op. cit.*, p. 4.

⁴¹²⁷ HAUSER J., « L'usager incapable », *Gérontologie et société*, 2005/4, Vol. 28, n° 115.

⁴¹²⁸ En ce sens, BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil » in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 136.

⁴¹²⁹ LIGNIÈRE-CASSOU M., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, n° 2726, 15 novembre 2000 - Propos de Philippe Nauche : « La stérilisation répondait à une attente forte des personnes concernées et des médecins pratiquant aujourd'hui sans réel encadrement juridique de ces actes ». Dans le même sens, GIRAUD F., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.* ; AN, séance 2 du 30 novembre 2000, Mme la secrétaire d'État à la santé et aux handicapés, p. 9645.

⁴¹³⁰ LIGNIÈRE-CASSOU M., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.* : « S'agissant des incapables majeurs, l'amendement vise à éviter d'éventuelles dérives en la matière ». Dans le même sens, GIRAUD F., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.* : « Élaborer un cadre législatif adapté qui permette de protéger efficacement les droits des personnes handicapées concernées » ; TERRADE O., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, n° 200, 24 janvier 2001 ; AN, séance 2 du 30 novembre 2000, Mme la Secrétaire d'État à la santé et aux handicapés, p. 9645 ; AN, séance 2 du 30 novembre 2000, Martine Lignières-Cassou, p. 9646.

l'intérêt de la personne »⁴¹³¹, afin de « *protéger la santé des personnes* »⁴¹³² et notamment de celles qui sont « *le plus en difficultés* »⁴¹³³. Un député déclare que « *[notre] préoccupation [est] de faire en sorte que les pouvoirs publics encadrent l'exercice de certaines pratiques dans le respect des droits des personnes. [Cela nous] conduit à insérer dans le texte des dispositions relatives à la stérilisation des personnes majeures [...] incapables* »⁴¹³⁴, eu égard notamment aux études qui indiquent que les femmes handicapées mentales éprouvent parfois de grandes difficultés à supporter la grossesse, l'accouchement, la prise en charge l'enfant à la naissance⁴¹³⁵ et qu'elles peuvent être bien plus traumatisées par le placement de l'enfant après sa naissance que par la renonciation, en amont, au projet de maternité⁴¹³⁶.

1350. Ainsi, à première vue, le texte prévoit des « *règles très sévères quant à son opportunité et au processus de décision* »⁴¹³⁷. Certains rapports parlementaires soulignent en ce sens que « *le protocole qui devrait être institué par l'article L2123-1 CSP est de nature à garantir le choix éclairé des personnes intéressées tandis que les procédures envisagées à l'article L2123-2 CSP paraissent correctement protectrices des personnes handicapées et de nature à répondre aux préoccupations de responsabilité des médecins* »⁴¹³⁸. En Allemagne, c'est également une volonté d'encadrer pour mieux protéger qui ressort du dispositif mis en place en 1992.

II. Un encadrement apparemment strict en Allemagne

1351. En Allemagne, si la stérilisation à visée contraceptive librement consentie ne suscite plus de difficultés juridiques depuis les années 1960⁴¹³⁹, la question - très controversée⁴¹⁴⁰ - de savoir si un tiers peut autoriser la stérilisation d'une personne handicapée mentale n'est pas saisie par le droit jusqu'en 1992⁴¹⁴¹.

⁴¹³¹ AN, séance 2 du 17 avril 2001, André Vauchez, p. 1932.

⁴¹³² AN, séance 2 du 17 avril 2001, Bernard Perryt, p. 1930.

⁴¹³³ AN, séance 2 du 5 décembre 2000, Jean Le Garrec, p. 9748.

⁴¹³⁴ *Ibid.*

⁴¹³⁵ Voir notamment, l'exposé des motifs du projet de loi allemand de 1989 : Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 73 et suivantes.

⁴¹³⁶ *Ibid.*

⁴¹³⁷ TERRADE O., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception, op. cit.*

⁴¹³⁸ *Ibid.*

⁴¹³⁹ Dans l'arrêt *Dobrn* de 1964, la Cour fédérale de justice précise que la stérilisation volontaire n'est plus illégale si elle n'est pas jugée contraire aux bonnes mœurs. En effet, depuis la suppression en 1946 de la disposition interdisant sous le régime nazi les « *stérilisations non expressément autorisées par la loi* » elle considère qu'il « *n'existe plus aucune disposition pénale qui pénalise la stérilisation volontaire* » (BGH, 27 octobre 1964, 5 StR 78/64). Voir aussi, COESTER M., « Die Sterilisation geistig behinderter Menschen nach §1905 BtG-E : Zivilrechtliche Einzelaspekte », in *Regelungen zur Sterilisation einwilligungsunfähiger Personen im Betreuungsgesetz*, Interdisziplinäres Colloquium, 10 et 11 mai 1989 ; HELM M., *Das neue Sterilisationsrecht und der historische Hintergrund*, Diplomarbeit, GRIM, 1994.

⁴¹⁴⁰ Voir notamment, HIERSCH (Hans-Dieter), HIRSCH (Günther), « Sterilisation geistig Behinderter », *MedR*, 1978, p. 135 ; HIERSCH (Hans-Dieter), GAIDZIK (Wolfgang), « Historische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Aspekte der Sterilisation Einwilligungsunfähiger », *MedR*, 1999, p. 58.

⁴¹⁴¹ Sur la controverse, voir l'exposé des motifs du projet de loi allemand de 1989 : Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 73 et suivantes ; PIEROTH B., « Verfassungsrechtliche Aspekte des §1905 Betreuungsgesetz-Entwurf », in *Regelungen zur Sterilisation*

1352. C'est le §1905 du Code civil, voté dans le cadre d'une vaste réforme sur le droit des tutelles et des curatelles⁴¹⁴², qui l'autorise. Cette disposition suit celle qui réglemente, de manière plus générale, les conditions dans lesquelles le juge des tutelles peut intervenir en matière médicale. Le §1905 qui traite plus spécifiquement de la stérilisation dispose que

« si l'intervention médicale consiste en la stérilisation du majeur protégé, à laquelle il ne peut pas consentir, le représentant légal ne peut consentir que 1) si cela ne contredit pas la volonté du majeur protégé, 2) le majeur protégé va rester incapable de consentir pendant longtemps, 3) qu'on peut supposer que, sans cette stérilisation, une grossesse risque de survenir 4) que cette grossesse représente un danger pour la vie de la personne ou une grave atteinte à son état de santé physique ou mental, qui ne peut pas être évitée par un autre moyen raisonnable, 5) la grossesse ne peut pas être empêchée par un autre moyen raisonnable »⁴¹⁴³.

1353. Le paragraphe précise ensuite que *« peut être considérée comme un danger grave pour l'état de santé physique ou mental de la femme enceinte la menace du placement de l'enfant au nom d'une décision du tribunal des tutelles »*. L'alinéa 2 ajoute que *« le consentement [du représentant] nécessite l'autorisation du tribunal des tutelles. La stérilisation ne peut être réalisée que 2 semaines après cette autorisation. La méthode la plus réversible de stérilisation doit toujours être favorisée »⁴¹⁴⁴*. Le droit allemand pose ainsi sept conditions à la stérilisation : il doit s'agir d'un majeur protégé, incapable de consentir ; sa situation doit être jugée irréversible ; il doit y avoir un risque de grossesse (ce qui suppose que la personne est fertile et entretient des relations sexuelles) ; cette grossesse doit être dangereuse pour la santé mentale ou physique de la femme - notamment lorsqu'un risque de placement de l'enfant risque de profondément affecter la femme ; un délai de réflexion de 2 semaines doit avoir été respecté et la méthode la plus réversible de stérilisation doit être utilisée ; et, comme en France, il doit y avoir une contre-indication absolue à la contraception et il ne doit pas s'être opposé à la stérilisation.

1354. Comme en France, le législateur justifie l'autorisation de la stérilisation par la nécessité d'autoriser cette pratique pour mieux l'encadrer⁴¹⁴⁵ et pour protéger les personnes handicapées contre une grossesse non désirée et ses conséquences. En ce sens, certains auteurs notent que, même si, *« en Allemagne - plus qu'ailleurs - il existe de bonnes raisons d'envisager une interdiction absolue de la stérilisation des personnes incapables [...] il est malgré tout nécessaire d'élaborer des règles permettant au tuteur d'autoriser la stérilisation de l'incapable »⁴¹⁴⁶*, afin de protéger la personne incapable. Cette volonté de *protection* est la raison pour laquelle le législateur n'autorise la stérilisation *que si* la grossesse est

einwilligungsunfähiger Personen im Betreuungsgesetz, op. cit. ; COESTER M., « Die Sterilisation geistig behinderter Menschen nach §1905 BtG-E : Zivilrechtliche Einzelaspekte », *op. cit.*

⁴¹⁴² Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige - loi de réforme du droit des tutelles et curatelles, 12 septembre 1990, Bundesgesetzblatt Teil I, 1990, n° 48 du 21 septembre 1990, p. 2002.

⁴¹⁴³ §1905 II BGB.

⁴¹⁴⁴ §1905 II BGB.

⁴¹⁴⁵ Voir l'exposé des motifs du projet de loi : Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), Drucksache 11/4528, 11 mai 1989, p. 53.

⁴¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 73.

susceptible de mettre en danger la santé, physique ou mentale, de la femme concernée⁴¹⁴⁷. En Allemagne, le projet de loi relatif à la réforme des tutelles de 1990 énonce que l'*unique* but de la stérilisation est la protection de la personne handicapée⁴¹⁴⁸. Ainsi, il s'agit d'éviter un risque *réel - une* atteinte *concrète* à l'intégrité physique ou psychique de la personne - et non une atteinte éventuelle.

1355. Les ordres juridiques français et allemand encadrent donc strictement les procédures de stérilisation des personnes handicapées mentales afin d'assurer leur protection, tant contre d'éventuelles dérives médicales que contre l'hypothèse de grossesses non désirées qui pourraient avoir des conséquences traumatisantes pour la personne concernée. Les procédures de stérilisation des handicapés mentaux n'en sont pas moins susceptibles de normaliser les corps procréateurs, et avec eux la parenté, des personnes handicapées mentales. En effet, la finalité protectrice du dispositif ne l'empêche pas de produire des effets normalisants. La majorité des processus de normalisation jusqu'alors mis en lumière sont précisément justifiés par des finalités protectrices : ces processus entendent protéger l'enfant à naître - à l'instar de l'interdiction de la GPA, de l'AMP pour les couples de personnes de même sexe - ou la personne elle-même - à l'instar des restrictions conditionnant l'accouchement sous X ou à l'IVG, parfois justifiées par la nécessité de protéger la femme enceinte contre une décision qu'elle pourrait regretter⁴¹⁴⁹. Cela étant, le degré de normalisation n'apparaît pas être le même lorsque la stérilisation n'est autorisée qu'à des fins strictement protectrices de l'intégrité physique et mentale de la personne directement concernée et lorsqu'elle opère dans un cadre moins strictement défini et à des fins moins strictement protectrices de la personne directement concernée. Si la stérilisation entraîne toujours une normalisation des corps procréateurs, elle n'est en revanche pas toujours mise en œuvre, notamment en Allemagne, pour normaliser la parenté. En France, l'idée même de *protection* semble cependant plus difficilement dissociable de la logique de normalisation (de la parenté).

Sous-section 2. Stérilisation et normalisation des corps procréateurs handicapés

1356. Il ne saurait être contesté que la procréation des personnes dont les facultés mentales sont fortement altérées soulève de nombreuses difficultés. Il est certain que leur éventuel engendrement peut peser très fortement sur les tiers : sur les éducateurs, les services médicaux et psycho-sociaux qui auront à accompagner la femme enceinte pendant et après sa grossesse ; sur l'enfant à naître au regard de la capacité (ou incapacité) de ses parents à le prendre en charge après la naissance ; et sur les proches de la personne handicapée qui auront, *de facto* ou *de jure*, à aider la personne handicapée

⁴¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 77.

⁴¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁴¹⁴⁹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 2).

dans son rôle de parent, voire à se substituer à elle. Qui plus est, c'est souvent au sujet de femmes déjà mères de plusieurs enfants placés que sont formulées les demandes de stérilisation. Il peut s'agir, alternativement, de femmes trop fortement handicapées pour pouvoir s'occuper d'un enfant et qui n'arrivent pas à gérer une contraception. Il peut également s'agir de femmes qui refusent obstinément, parfois violemment, la prise d'un contraceptif ou encore de femmes dont les capacités mentales sont si altérées qu'elles sont réputées incapables de comprendre les transformations physiques et psychiques induites par une grossesse⁴¹⁵⁰. Mais, quelles qu'en soient les raisons, la stérilisation des personnes handicapées mentales peut toujours être lue comme une forme de normalisation des corps procréateurs. Elle permet la neutralisation des capacités reproductrices des personnes sans leur consentement exprès, et ce, au motif essentiel, en particulier en France, qu'elles sont jugées inaptes à devenir parent. L'analyse établira ici que même si la stérilisation entend *prima facie* protéger la personne handicapée, la normalisation qui en découle est d'autant plus problématique qu'elle n'est précisément pas, en particulier en France, toujours entourée des garanties nécessaires à une protection efficace de la personne (I). Qui plus est, elle ne semble pas viser la *seule* protection de la personne handicapée. En effet, particulièrement en France, d'autres intérêts concurrents apparaissent justifier le cadre juridique dans lequel la stérilisation peut être autorisée. La stérilisation quasi-directe, c'est-à-dire, ni pleinement contrainte, ni pleinement consentie, est notamment légitimée par la normalisation de la parenté qu'elle permet : assurer à l'enfant à naître, à *zoe*, un cadre adapté à son bon développement, c'est-à-dire à sa transformation en *bios*, grâce à de *bons* parents - des parents répondant à un certain standard de la normalité (II).

I. Le faible encadrement juridique des procédures de stérilisation en France

1357. La normalisation des corps procréateurs de la personne handicapée passe en premier lieu par l'autorisation de sa stérilisation sans son consentement exprès. Plus largement, les conditions qui entourent la réalisation de la stérilisation apparaissent lacunaires. Tout d'abord, le texte français, notamment lorsqu'il est comparé avec le dispositif allemand, fait fi d'un certain nombre de garanties pourtant recommandées par le CCNE avant son élaboration (A). Ensuite, les conditions prévues par ce texte ne sont pas toujours précises, de sorte qu'il est possible de se demander si l'encadrement juridique sert effectivement la *protection* de la personne handicapée. La finalité protectrice n'empêche certes pas les effets normalisants du dispositif mais son absence met encore davantage en lumière la normalisation qu'il met en œuvre (B).

⁴¹⁵⁰ Voir notamment, les exemples donnés par IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 43 et suivantes.

A. Un encadrement insuffisant en France

1358. On l'a vu, c'est une justification articulée en termes de protection de la personne handicapée qui apparaît au soutien du cadre juridique applicable à la stérilisation. Cependant, la démarcation entre normalisation et *protection* est ici d'autant plus poreuse que le contenu de la loi apparaît lacunaire. Un certain nombre des garanties recommandées par le CCNE dans son avis de 1996 ne se retrouve pas dans le dispositif mis en place l'article L2123-2 CSP (2). Par ailleurs, le dispositif n'a pas été jugé inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel (1).

1. Une élaboration lacunaire du texte

1359. Le texte de la loi du 4 juillet 2001, qui fournit le cadre aujourd'hui applicable à la stérilisation des personnes handicapées, peut être critiqué tant au regard de ses conditions d'élaboration (a), qu'en raison du peu de contrôles dont il a fait l'objet (b).

a. Les conditions d'élaboration du texte

1360. La procédure d'élaboration de la loi peut être qualifiée de lacunaire. Au moment même de l'élaboration du texte, certains auteurs et parlementaires regrettent qu'une question aussi délicate soit introduite « à la sauvette »⁴¹⁵¹ et « par voie d'amendement »⁴¹⁵². Les débats n'apparaissent en effet pas particulièrement approfondis. La majorité des députés insistent sur la nécessité d'une intervention législative rapide afin « protéger les personnes »⁴¹⁵³ contre la pratique clandestine qui s'est développée. D'autres considèrent que cette question ne peut pas être abordée « de manière aussi précipitée »⁴¹⁵⁴. Rares sont les parlementaires qui s'opposent expressément à la légalisation⁴¹⁵⁵ ou qui recommandent une « réflexion approfondie »⁴¹⁵⁶ sur cette thématique⁴¹⁵⁷. L'impréparation relative de la

⁴¹⁵¹ MATHIEU B., *Le droit de la bioéthique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 82.

⁴¹⁵² GIRAUD F., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.* ; AN, séance 3 du 29 novembre 2000, Bernadette Isaac-Sibille, p. 9564 ; AN, séance 2 du 17 avril 2001, Martine Aurillac, p. 1925 ; AN, séance 1 du 30 mai 2001, Marie-JO, Zimmerman, p. 3671.

⁴¹⁵³ AN, séance 2 du 5 décembre 2000, Jean Le Garrec, p. 9748 ; AN, séance 2 du 17 avril 2001, Bernadette Perrut, p. 1930.

⁴¹⁵⁴ GIRAUD F., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.* ; AN, séance 3 du 29 novembre 2000, Bernadette Isaac-Sibille, p. 9564 ; AN, séance 2 du 17 avril 2001, Martine Aurillac, p. 1925.

⁴¹⁵⁵ AN, séance 1 du 29 novembre 2000, Jean-François Mattéi, p. 9513 ; AN, séance 2 du 30 novembre 2000, Christine Boutin, p. 9645 ; AN, séance 2 du 17 avril 2001, Bernadette Isaac-Sibille, p. 1919 ; AN, séance 2 du 17 avril 2001, Philippe de Villiers, p. 1919.

⁴¹⁵⁶ GIRAUD F., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.*

⁴¹⁵⁷ Pour un même constat, TAQUET F., « Les nouvelles dispositions relatives à l'IVG et à la contraception », *Gazette du palais*, 16 février 2002, n° 47, p. 8 ; BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le "handicap mental", après la loi du 4 juillet 2001 », *RDS*, 2002, p. 233.

réforme peut, en partie, être expliquée par le contexte d'élaboration de la loi⁴¹⁵⁸. En effet, en 2001, le législateur se prononce à la fois sur la modification du droit à l'IVG, la contraception et la stérilisation contraceptive. Pour l'essentiel, les débats se focalisent sur la question de l'allongement du délai d'IVG de 10 à 12 semaines et quelques autres points relevant de la procréation⁴¹⁵⁹. La problématique des majeurs protégés concentre bien moins l'attention. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que lors des débats, plusieurs parlementaires expriment la crainte que l'allongement du délai d'IVG ne facilite la réalisation d'avortements dits « eugéniques » car, si elles venaient à découvrir lors de la première échographie une anomalie fœtale, les femmes disposeraient désormais de la possibilité de réaliser une interruption de grossesse sans l'aval du corps médical⁴¹⁶⁰. C'est, dès lors, non sans une certaine ironie, que Judith ROCHFELD et Florence BELLIVIER soulignent qu'

*« on ne peut manquer de constater le ton encore passionné qu'ont pris les débats à propos de la face la plus visible du texte (l'allongement du délai légal de l'IVG de 10 à 12 semaines de grossesse), alors même qu'était introduite, pour la première fois dans notre droit, une disposition passée relativement inaperçue malgré son caractère inacceptable, à savoir la stérilisation des handicapés mentaux »*⁴¹⁶¹.

1361. En effet, face aux controverses relatives à l'avortement, la place accordée à la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales demeure minime et, avec elle, le « spectre de l'eugénisme [...] habilement occulté »⁴¹⁶². À ces éléments liés au centre de gravité des débats parlementaires, il faut ajouter, en aval, que le texte de loi n'a, par la suite, fait l'objet d'aucun contrôle de constitutionnalité.

b. L'absence de contrôle de constitutionnalité

1362. Les dispositions de la loi de 2001 qui autorisent la stérilisation des majeurs incapables n'ont pas fait l'objet d'un contrôle approfondi. En effet, même si le Conseil constitutionnel est saisi de la constitutionnalité du dispositif, il refuse de se prononcer sur cette question, notamment en raison de l'expiration du délai de saisine⁴¹⁶³. Partant, il ne peut répondre à l'argumentaire selon lequel la stérilisation porte atteinte

⁴¹⁵⁸ MATHIEU B., *Le droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 82 : « La législation s'est opérée à la sauvette, sous le masque d'une loi dont l'objet principal, visant à allonger le délai de recours à l'avortement, fixait l'attention de l'opinion publique ».

⁴¹⁵⁹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 1) ; (partie 2, titre 1, chapitre 1).

⁴¹⁶⁰ Pour la retranscription des débats, voir notamment, BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *Chronique* 1^{er} juillet 2001 - 30 septembre 2001, *RTD civ.*, octobre - décembre 2001, p. 976.

⁴¹⁶¹ *Ibid.*

⁴¹⁶² *Ibid.*

⁴¹⁶³ Conseil constitutionnel, DC n° 2001-449, 4 juillet 2001, « Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », considérant 5 : « Considérant, dès lors, que la saisine formée par les députés signataires, laquelle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel le 29 juin 2001 et met en cause la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, ne saurait être examinée par le Conseil constitutionnel ». Voir aussi, SCHOETTL J.E., « Le Conseil peut-il être à nouveau saisi d'une loi non promulguée mais sur laquelle il a déjà statué ? », *LPA*, n° 139, 13 juillet 2001, p. 23 ; MATHIEU B.,

« aux principes de non-discrimination et de liberté personnelle [qui] interdi[sent] que l'on procède à la stérilisation des personnes, quand bien même celles-ci seraient incapables, a fortiori d'exprimer leur consentement. En effet, le consentement est une exigence liée à la liberté, droit naturel et imprescriptible, tel que le dispose l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cet article ne peut pas être considéré comme insusceptible de s'appliquer aux personnes handicapées mentales, sauf à établir une discrimination violant le principe de dignité de toute personne humaine [...]; l'absence de consentement ne peut être justifiée par le motif médical puisque ce dernier, qui n'est pas nécessairement thérapeutique, est trop imprécis. Par ailleurs, la décision rendue par le Conseil constitutionnel en 1971, quant aux pouvoirs du juge judiciaire relativement à la liberté d'association édictée par le préambule de 1946, permet d'affirmer valablement que l'autorisation d'un juge et les garanties de procédure ne peuvent pas être considérées comme suffisantes pour justifier une atteinte aux principes posés par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁴¹⁶⁴.

1363. Le Conseil constitutionnel ne se prononce dès lors pas sur l'éventuelle atteinte que la stérilisation pourrait constituer au principe de liberté personnelle, d'égalité ou de dignité⁴¹⁶⁵.

1364. En revanche, la question de la conventionnalité du dispositif est posée en 2005 au Conseil d'État⁴¹⁶⁶. En l'espèce, les requérants estiment que le dispositif contredit les dispositions de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 aux termes duquel « les États parties [...] reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ». Ils invoquent également le droit de se marier et de fonder une famille reconnu par l'article 12 de la CESDH et par l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, ainsi que la prohibition des traitements inhumains et dégradants prévue respectivement par les articles 3 et 7 de ces traités internationaux ou encore le droit au respect de la vie privée et familiale. Le juge valide cependant le dispositif. Tout d'abord il n'exerce pas de contrôle à l'égard de l'article 12 du PIDESC, ce dernier n'étant pas d'effet direct en droit interne⁴¹⁶⁷. Ensuite, après avoir retranscrit les termes de l'article L2123-2 CSP, il considère que

VERPEAUX M., BACHESTANI PERREY L., SAUVAGEOT F., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », n° 27, janvier-juin 2001, *LPA*, 28 décembre 2001, n° 259, p. 15-16.

⁴¹⁶⁴ Saisine par 60 députés - Décision DC n° 2001-449 DC du 4 juillet 2001, *op. cit.*, point 2.

⁴¹⁶⁵ Ce que certains auteurs regrettent, BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 975.

⁴¹⁶⁶ CE, 26 septembre 2005, n° 248357, *AJDA*, 2005, p. 1874, observations Brondel; CRISTOL D., « Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux », *op. cit.*, p. 1060.

⁴¹⁶⁷ CE, 26 septembre 2005, n° 248357 : « Considérant, en troisième lieu, que les stipulations de l'article 12 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 aux termes duquel "les États parties [...] reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre" sont dépourvues d'effet direct dans l'ordre juridique interne ». Voir notamment, sur cette question, DECAUX E., « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA*, 1998, p. 66 : « Alors que le caractère self-executing du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est pas contesté, la jurisprudence française s'en tient à l'absence d'effet direct du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ». Voir également, les conclusions du commissaire du gouvernement C. Maugué dans l'arrêt CE, 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, *RFD*, 1999, p. 357.

« les conditions dans lesquelles le juge des tutelles est amené à se prononcer sont définies avec précision. En particulier, ce juge est tenu d'entendre la personne concernée, ses parents ou son représentant légal et de recueillir l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées, lequel apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ».

1365. Estimant que « les dispositions de l'article L2123-2 du Code de la santé publique n'ont pas pour objet ou pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire des personnes handicapées », il déclare l'article conforme aux dispositions internationales précitées⁴¹⁶⁸. Pourtant, il nous semble que la question de savoir si ces dispositions entendaient favoriser la pratique n'est pas dénuée de pertinence. En effet, dans un contexte social qui s'illustre par la mauvaise prise en charge des personnes handicapées ou les dépistages toujours plus approfondis des handicaps prénataux⁴¹⁶⁹, de telles dispositions pourraient effectivement être perçues comme une incitation à leur mise en œuvre⁴¹⁷⁰. Le statut législatif de la GPA fournit d'ailleurs, *a contrario*, une illustration de cette idée. Car, en effet, alors même que la GPA existe dans les faits, c'est bien pour ne donner aucun signe pouvant être lu comme un encouragement à cette pratique que le législateur maintient un principe d'interdiction. Une autorisation législative peut donc bien être pensée, ou lue, comme un encouragement a minima de telle ou telle pratique⁴¹⁷¹. En ce sens, le registre de justification observable en matière de stérilisation des personnes handicapées - l'autoriser sous conditions pour mieux la contrôler - ne semble pas utilement mobilisable lorsque le législateur désapprouve réellement une pratique foncièrement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique⁴¹⁷². Par ailleurs, le juge aurait pu souligner que l'article L2123-2 CSP n'est assorti d'aucune procédure de contrôle : aucune disposition pénale spécifique en cas de violation du dispositif n'est prévue⁴¹⁷³, et aucun mécanisme de surveillance administratif n'est mis en place. Dans le même ordre d'idées, et à la différence de ce qui se donne à voir en matière d'IVG, d'AMP ou d'un certain nombre d'autres comportements procréatifs, le droit français ne structure pas la pratique de la stérilisation quasi-directe des personnes handicapées mentales autour du mécanisme de l'agrément, de l'élaboration de registre du recueil des données ou de son suivi par l'ABM ou par toute autre agence de surveillance.

1366. En toute hypothèse, la procédure prévue par la loi de 2001 demeure bien plus légère et souple que ne l'avait recommandé le CCNE dans son avis de 1996. Si la pratique de la stérilisation

⁴¹⁶⁸ CRISTOL D., « Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux », *op. cit.*, p. 1060 : il est « évident que les pouvoirs publics n'avaient pas les intentions que l'association requérante a bien voulu leur prêter ».

⁴¹⁶⁹ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁴¹⁷⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁴¹⁷¹ *A contrario*, c'est la raison pour laquelle l'IVG est toujours pénalement réprimée, par principe, en droit allemand (§218 StGB).

⁴¹⁷² Pour la GPA : Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

⁴¹⁷³ Et ce, à la différence des dispositions relatives à l'avortement (L2222-1 CSP et suivants) ou à l'AMP (L2162-1 CSP et suivants) qui s'accompagnent de dispositions pénales spéciales.

des personnes handicapées n'est désormais plus soumise à la seule discrétion du corps médical, l'absence de certaines garanties, et notamment d'une condition relative à la prise en compte *in concreto* de la situation *précise* et *particulière* de la personne concernée peut être lue comme ouvrant largement la voie à une normalisation à titre *préventif* des corps procréateurs des personnes handicapées.

2. Un contenu lacunaire au soutien des processus de normalisation des corps procréateurs

1367. En prenant comme point de comparaison le dispositif allemand et les recommandations de 1996 du CCNE, il est possible d'observer que cinq garanties au moins font défaut au cœur du dispositif français. Leur absence invite à s'interroger sur le point de savoir si l'objectif de protection des personnes handicapées mentales, pourtant affiché comme prioritaire du législateur, est bien atteint.

1368. En ce qui concerne trois des cinq éléments à analyser, mentionnons brièvement que la comparaison entre les textes français et allemands⁴¹⁷⁴ fait apparaître que la loi française n'impose pas de délai de réflexion. Cette absence est d'autant plus étonnante que, lorsqu'il s'agit de la stérilisation d'une personne capable, le délai de réflexion est de quatre mois⁴¹⁷⁵. Elle révèle également que le droit français ne préconise pas davantage que soient favorisées les méthodes de stérilisation réversibles, ce que préconisait pourtant le CCNE⁴¹⁷⁶. Il apparaît encore que la loi française s'abstient de préciser - comme elle le fait pourtant lorsqu'il s'agit d'autres mécanismes controversés tels que le DPI⁴¹⁷⁷ - que la procédure ne peut être mise en œuvre qu'à *titre exceptionnel*⁴¹⁷⁸. S'il est vrai qu'une telle précision peut aisément être ravalée au rang des précautions oratoires dépourvues d'effets normatifs clairs ou nécessaires, son absence mérite néanmoins d'être soulignée.

⁴¹⁷⁴ Le deuxième alinéa du §1905 du BGB précise, lui, que la stérilisation ne peut être réalisée que deux semaines après l'autorisation du juge.

⁴¹⁷⁵ Article L2123-1 CSP.

⁴¹⁷⁶ CCNE, Avis n° 49, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, *op. cit.*, p. 3; BOUMAZA A., «La stérilisation contraceptive et le "handicap mental", après la loi du 4 juillet 2001», *op. cit.*, p. 233. En ce sens, voir aussi, CEDH *Soares de Melo contre Portugal*, 16 février 2016, n° 7285014, §111 : «*En l'espèce, la Cour observe que l'absence de suivi d'un planning familial adéquat a eu pour effet d'aggraver la situation matérielle, déjà difficile, de la requérante. Elle considère cependant que l'ajout d'un engagement en vue de la stérilisation de l'intéressée dans l'accord de protection établi avec les services sociaux est particulièrement grave (paragraphe 18 ci-dessus). Elle estime que les services sociaux auraient pu conseiller à la requérante des méthodes contraceptives moins intrusives pour répondre à l'absence de suivi d'un planning familial qu'ils avaient constatée*».

⁴¹⁷⁷ Article L2131-4 CSP. Voir également, l'article L1241-3 CSP en ce qui concerne le prélèvement de cellules hématopoïétiques sur une personne mineure et l'article L1211-2 sur le prélèvement d'organes d'une personne décédée qui s'y est opposé.

⁴¹⁷⁸ Selon CRISTOL D., «Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux», *op. cit.*, p. 1060 : «*La stérilisation d'un handicapé mental n'est admise qu'exceptionnellement*». Toutefois, le terme «*exceptionnel*» n'apparaît pas dans les textes de droit positif.

1369. Mais il importe surtout de mentionner qu'à la différence du droit allemand, le droit français ne conditionne pas la stérilisation à un risque *avéré* de grossesse. Plus avant, le texte français ne conditionne pas la stérilisation à un examen *in concreto* de la situation de la personne handicapée. Ici encore, on peut souligner qu'en cela, le texte de loi s'éloigne des recommandations du CCNE, qui préconisait dans son avis n° 49 de toujours s'assurer que « *le comportement de la personne supposée incapable n'est pas susceptible d'évoluer* »⁴¹⁷⁹, que la personne soit « *fertile* » et ait « *une activité sexuelle* », et qu'elle soit âgée, à titre indicatif, d'au moins 20 ans, et atteinte d'une déficience sévère⁴¹⁸⁰. Or, aucune de ces conditions ne se retrouve dans le texte législatif de 2001⁴¹⁸¹. Il est vrai que la loi prévoit l'intervention d'un comité d'experts qui « *apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique* ». On peut alors supposer que ce comité est amené à examiner la situation particulière dans laquelle se trouve la personne handicapée ; mais il ne s'agit que d'une supposition puisque la loi n'impose, ni au juge, ni au comité un tel examen. Ainsi, la loi française n'impose pas la prise en compte de la situation *actuelle et concrète* de la personne, de sorte qu'il est possible de se demander si une personne ne pourrait être, au regard des dispositions du droit positif, stérilisée à titre préventif.

1370. Ces carences sont notamment mises en lumière par la comparaison du dispositif français avec la procédure prévue par la loi allemande. En effet, en Allemagne, la loi impose que la personne soit « *incapable sur le long terme* »⁴¹⁸², que, sans stérilisation, elle « *risque de tomber enceinte* »⁴¹⁸³ et qu'un état de grossesse représente par hypothèse un danger pour son intégrité physique ou mentale⁴¹⁸⁴. L'examen fait par le juge de ces conditions montre qu'il n'entend autoriser la stérilisation de la personne que dans des cas restreints, où la situation d'*espèce* rend une telle stérilisation absolument nécessaire. Par exemple, dans une affaire de 2011 relative à la demande de stérilisation, par ses tuteurs, d'un jeune homme atteint de trisomie 21 en raison de son emménagement avec sa petite amie, le juge d'appel de Fulda confirme la décision de première

⁴¹⁷⁹ En effet, rien ne permet d'affirmer que l'état de la personne ne peut pas évoluer avec le temps. Certaines études montrent que certaines femmes souffrant de troubles mentaux ont finalement réussi à reprendre « leur vie en main » et à mener à terme leur projet parental. Voir, en ce sens, le rapport de l'IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 68 et suivantes. Il ne s'agit certes peut-être que d'une minorité des femmes placées sous tutelle mais dans un domaine aussi sensible que celui de la stérilisation, il semble difficile de raisonner en termes de statistiques majoritaires.

⁴¹⁸⁰ IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 75 et suivantes ; CCNE, Avis n° 49, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, *op. cit.*, p. 10. Voir aussi MÉMETEAU G., « La stérilisation des malades mentaux », *Synapses*, février 1989, n° 51, p. 50.

⁴¹⁸¹ Voir sur ce point, BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le "handicap mental" », *op. cit.*, p. 233.

⁴¹⁸² §1905 alinéa 1 et 2.

⁴¹⁸³ §1905 alinéa 1 et 3.

⁴¹⁸⁴ §1905, alinéa 1 et 4.

instance⁴¹⁸⁵ qui refuse de faire droit à la demande. Le juge d'appel examine point par point les trois conditions en cause, d'une manière qui mérite d'être étudiée dans le détail⁴¹⁸⁶.

1371. Concernant la condition relative au risque concret de grossesse, le tuteur fait valoir qu'il craint que l'homme n'entretienne des relations sexuelles avec d'autres femmes que sa petite amie. Sur ce point, le juge d'appel répond que « *l'éventualité abstraite d'une grossesse* » ne suffit pas à remplir la condition n°3 du §1905 du Code civil allemand. En effet, l'espèce, la fertilité de l'homme n'a pas été établie. De plus, le juge souligne qu'il n'a pas été établi avec certitude que l'homme et sa petite amie entretenaient des relations sexuelles : « *N'est pas autorisée la stérilisation préventive d'une personne seulement à cause d'une possibilité abstraite de grossesse en raison d'une expectative générale qu'un jour, au moment d'un emménagement commun, la personne pouvoir avoir des relations sexuelles* »⁴¹⁸⁷.

1372. Concernant la condition relative au danger que représente la grossesse pour l'intégrité physique et mentale de la femme, le juge estime que la situation de la petite amie de l'homme concerné par la demande de stérilisation ne laisse pas supposer qu'une grossesse constituerait pour elle une atteinte grave à son intégrité physique et mentale. Le juge souligne que les expertises ont relevé qu'elle est en mesure de mener à terme une grossesse. Par ailleurs, il estime que la double condition posée par la deuxième phrase du cinquième alinéa §1905 du Code civil allemand n'est pas réalisée, à savoir l'incapacité parentale qui conduirait très probablement au placement de l'enfant *et* la souffrance que causerait une telle séparation de l'enfant pour la mère. En l'espèce, le juge estime qu'il n'est pas établi qu'une telle séparation serait douloureuse pour la mère. S'il ne fait, selon lui, « *aucun doute que, ni l'homme, ni sa compagne handicapée, ne sont en mesure de s'occuper d'un enfant, aucune indication concrète ne permet d'affirmer que la séparation entraînerait une grave souffrance pour la mère* »⁴¹⁸⁸.

1373. Concernant, ensuite, la condition relative à l'impossibilité d'éviter autrement la grossesse que par la stérilisation, le juge allemand souligne que la compagne de l'homme reçoit tous les trois mois une injection contraceptive et que rien n'indique, contrairement à ce que prétend le tuteur, que cette contraception aurait sur elle des effets secondaires. Le juge déclare qu'« *une stérilisation ne peut pas être autorisée, seulement car elle serait moins risquée et plus confortable qu'une autre méthode de contraception* »⁴¹⁸⁹.

⁴¹⁸⁵ AG Bad Hersfeld, 27 octobre 2010.

⁴¹⁸⁶ LG Fulda, 17 mars 2011, Az 5T 13/11.

⁴¹⁸⁷ LG Fulda, 17 mars 2011, Az 5T 13/11, §20 (openjur). Voir aussi les deux décisions BayObLG, 15 janvier 1997 - 3Z BR 281/96 ; AG Grevenbroich, 10 août 1994, Az. 3 XVII 23/93 A ; Bayerisches Oberstes Landesgericht ; 23 mai 2001, 3Z BR 97/01 ; OLG Hamm, 28 février 2000, 15 W 50/0 ; BIENWALD W., *Kommentar zum Betreuungsrecht*, §1905, Rn. 35 ; JÜRGENS A., KRÖGER D., MARSCHNER R., *Das neue Betreuungsrecht*, Berlin, Beck, 2002, Rdn. 217.

⁴¹⁸⁸ LG Fulda, 17 mars 2011, Az 5T 13/11, §26.

⁴¹⁸⁹ LG Fulda, 17 mars 2011, Az 5T 13/11, §31.

1374. Le juge allemand exerce donc un contrôle *in concreto* approfondi des conditions posées par la loi. Il est vrai que la comparaison, sur ce point, entre les règles applicables en France et en Allemagne connaît de sérieuses limites, puisqu'en France, les décisions du juge des tutelles en matière de stérilisation sont difficiles à trouver. On ne saurait dans ces conditions affirmer avec certitude que le juge exerce un contrôle approfondi, et *in concreto*, des conditions posées par la loi. La seule décision judiciaire portée à notre connaissance sur cette question est celle retranscrite par la CEDH dans la décision d'irrecevabilité relative à la requête *Gauer contre France* de 2011⁴¹⁹⁰. Il s'agit d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 12 mars 2007 relative à la responsabilité pénale de médecins qui avaient stérilisé des jeunes femmes handicapées mentales sans leur consentement⁴¹⁹¹. Cependant, cette décision ne peut pas être pleinement exploitée car les faits d'espèce sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2001, ce qui la rend en principe inapplicable. Il demeure intéressant de souligner qu'après avoir jugé qu'il n'y avait pas d'infraction commise par les médecins, la Cour d'appel avait précisé « *qu'à supposer que les charges eussent existées, les faits dénoncés par les parties civiles ne sauraient être constitutifs de l'infraction alléguée dès lors qu'ils étaient désormais "couverts" par l'article L2123-2 du Code de la santé publique susvisé dont la teneur s'analyse comme un nouveau cas de "permission de la loi" »*⁴¹⁹². Conformément au principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce (rétroactivité *in mitius*⁴¹⁹³), la Cour appréhende donc la loi de 2001 comme une permission de la loi. Toutefois, elle n'examine aucune condition posée par le texte (s'il y avait contre-indication à une contraception ou impossibilité de la mettre en œuvre, etc.) mais considère seulement que les faits dénoncés ne sauraient être constitutifs de l'infraction alléguée. Sur cet exemple précis, le contrôle exercé par le juge est incomparable à celui réalisé par le juge allemand. Cela étant, il est difficile d'en conclure, à la lecture d'une décision isolée, rendue dans un contexte particulier, que le juge ne procède jamais à un contrôle *in concreto* des conditions posées par la loi.

1375. Même s'il est difficile de savoir comment le dispositif législatif est appliqué, il reste que, dans son énoncé même, la loi française apparaît moins précise et moins exigeante que le texte allemand ou les recommandations du CCNE. La loi française n'impose pas la prise en compte de la situation concrète de la personne afin d'éviter des normalisations *préventives* des corps procréateurs ; elle ne fait pas davantage apparaître dans l'article 2123-2 CSP le critère de gravité du handicap

⁴¹⁹⁰ CA Paris, chambre de l'instruction, 12 mars 2007 cité par CEDH, *Gauer contre France*, 23 octobre 2012, n° 6152108. Cette décision de cour d'appel a fait l'objet d'un pourvoi en cassation mais le pourvoi est jugé irrecevable : CC, chambre criminelle, 10 juin 2008, n° 0786623.

⁴¹⁹¹ CC, 10 juin 2008, n° 86623.

⁴¹⁹² CA Paris du 12 mars 2007.

⁴¹⁹³ Article 112-1 CP : « *Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes* ».

préconisé par le CCNE⁴¹⁹⁴. Même, elle autorise la stérilisation des personnes sous curatelle alors même que, dans sa version initiale, le texte ne prévoyait que la stérilisation des personnes sous tutelle. La curatelle est pourtant une mesure de protection plus légère que la tutelle⁴¹⁹⁵, qui concerne des personnes pour lesquelles la perte d'autonomie et l'altération des facultés mentales sont relativement faibles. De sorte que la loi française ne conditionne pas la stérilisation à l'existence d'un handicap mental *grave*⁴¹⁹⁶. Elle demeure muette sur cette question du degré de handicap requis pour l'application de l'article L2123-2 CSP⁴¹⁹⁷. La détermination de la gravité du handicap est certes difficile ; il ne saurait seulement s'agir de la prise en compte du Q.I. d'une personne⁴¹⁹⁸. La gravité d'un handicap dépend beaucoup du milieu socio-familial et des conditions d'accueil dans lesquelles évolue la personne⁴¹⁹⁹. Cependant, de telles difficultés n'empêchaient pas le législateur de fixer un standard destiné à enserrer et contenir au maximum les pratiques. Cela ne l'empêchait nullement de cantonner la procédure aux personnes placées sous tutelle ou de préciser quels devaient être les éléments à prendre en compte pour déterminer le degré de gravité du handicap. Une telle précision aurait notamment permis de clairement distinguer situation de handicap et situation de grande précarité sociale⁴²⁰⁰. Des études en sciences humaines et sociales nous apprennent en effet que c'est historiquement souvent une logique de marginalité sociale - tendant là aussi à *normaliser* les comportements procréatifs - qui explique les stérilisations autorisées⁴²⁰¹. Il en va ainsi des stérilisations pratiquées dans les pays scandinaves sur les pauvres⁴²⁰², de celles pratiquées aux États-Unis sur les femmes noires⁴²⁰³ ou de l'affaire portugaise ayant conduit à l'arrêt *Soares Demelo* de la CEDH de 2016⁴²⁰⁴. En l'espèce, les services sociaux attendaient

⁴¹⁹⁴ BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le "handicap mental" », *op. cit.*, p. 233.

⁴¹⁹⁵ L'Article 440 du Code civil présente la curatelle comme une mesure de protection préalable à la prononciation d'une mesure de tutelle : « La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante. [...] La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que, ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante ».

⁴¹⁹⁶ Certains auteurs craignent que des demandes de placement sous tutelle soient formalisées de manière abusive dans le but de pouvoir stériliser les personnes handicapées. Voir notamment, TAQUET F., « Les nouvelles dispositions relatives à l'IVG et à la contraception », *op. cit.*, p. 9. MÉMETEAU G., « La stérilisation des malades mentaux », *op. cit.*, p. 52.

⁴¹⁹⁷ Pour une critique, voir notamment, FOSSIER T., VERHEYDE T., « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *op. cit.*, p. 4.

⁴¹⁹⁸ CCNE, Avis n° 49, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, *op. cit.* p. 16.

⁴¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁴²⁰⁰ IGAS, *Les liens entre handicap et pauvreté : les difficultés dans l'accès aux droits et aux ressources*, novembre 2014.

⁴²⁰¹ GIAMI A., LERIDON H., *Les enjeux de la stérilisation*, INSERM, 2000 ; SIMONNOT A.L., « Un enjeu éthique du XXème siècle : la question de l'eugénisme », *Annale médicale de psychologie*, 159, 23-6, 2001, p. 25.

⁴²⁰² COLSON M.L., « Des stérilisations forcées dans toute la Scandinavie », *Libération*, 27 août 1997.

⁴²⁰³ PAINTER N., « Une histoire du peuple blanc », *Chimères*, 2010/3, n° 74 ; ZYLBERMAN P., « Eugénisme à la scandinave : le débat des historiens », *Médecine/sciences*, octobre 2004, p. 916. Pour les femmes indigènes, voir, GARCIA A., « Contrôler et contraindre : la planification médicalisée des femmes indigènes au Guatemala », *Cahiers du genre*, 2016/1, n° 60. Pour les femmes Roms, notamment, KOCZE A., « La stérilisation forcée des femmes roms dans l'Europe d'aujourd'hui », *Cahiers du genre*, 2011/1, n° 50.

⁴²⁰⁴ CEDH, *Soares de Melo contre Portugal*, 16 février 2016, n° 7285014.

d'une femme qu'elle se fasse ligaturer les trompes pour maintenir ses droits parentaux, sans quoi ses sept enfants risquaient une mesure de placement en vue d'adoption. Il lui était reproché de ne pas assurer les conditions matérielles adéquates à la bonne éducation des enfants. Cette affaire *Soares Demelo* montre notamment que les dispositifs de stérilisation peuvent être autant pensés comme des mécanismes préventifs face à la marginalité et la misère sociale que comme des outils de protection des corps procréateurs des personnes fragiles. Dès lors que des personnes ne répondent pas aux critères de la *bonne* parenté (au regard de leur couleur de peau ou de leur situation économique), la stérilisation apparaît être un dispositif de normalisation utilisé par le droit pour empêcher leur procréation.

1376. Le droit français ne prévoit ainsi pas *toutes* les garanties nécessaires pour lutter contre d'éventuels abus ou une normalisation excessive de ces corps. En leur absence, certains auteurs se demandent si « *la loi [ne servait qu'à] donner une caution morale à une tendance déjà trop marquée de la société à considérer comme allant de soi, que les personnes handicapées mentales ne doivent, en aucun cas, avoir des enfants* »⁴²⁰⁵.

B. Un encadrement imprécis

1377. À l'aune de ces lacunes, le dispositif français relatif à la stérilisation des personnes handicapées peut être analysé comme remplissant avant tout ou essentiellement une fonction de normalisation. Cette dimension normalisatrice est d'autant plus visible que le droit français ne fait pas toujours preuve de précision dans l'encadrement de la procédure de stérilisation, révélant des ambiguïtés qui permettent une fois de plus de douter de l'efficacité du dispositif à protéger la personne handicapée⁴²⁰⁶. Pour le montrer, il importe de s'intéresser, particulièrement en droit français, à la condition relative à l'impossibilité d'éviter une grossesse autrement que par la stérilisation (1) et à celle relative à la prise en compte de la volonté de la personne handicapée (2).

1. L'ambiguïté de la condition de contraception impossible

1378. En France comme en Allemagne, la stérilisation ne peut en principe jamais se substituer à l'utilisation d'un contraceptif. Ainsi, en France, elle ne peut être autorisée que s'*il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre*

⁴²⁰⁵ BOUMAZA A., « La stérilisation contraception et le "handicap mental" », *op. cit.*, p. 253.

⁴²⁰⁶ Voir, notamment, GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *Revue Recherches féministes*, 162/2003, p. 167. Pour une position plus nuancée, TOMKIEWICZ T., « À propos de la stérilisation des jeunes femmes handicapées mentales : petite histoire et grands principes », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 233.

efficacement»⁴²⁰⁷ ; en Allemagne, que si « *la grossesse ne peut pas être empêchée par un autre moyen acceptable* »⁴²⁰⁸. On sait en outre qu'en pratique, les juges allemands s'assurent effectivement que l'utilisation d'une contraception est absolument impossible avant, le cas échéant, d'autoriser la stérilisation : dans les décisions examinées, c'est souvent lorsqu'il estime en effet qu'une contraception est possible⁴²⁰⁹ qu'il refuse d'autoriser la stérilisation. En France, en revanche, l'absence d'accès aux décisions des juges des tutelles ne permet pas de tirer de telles conclusions. Il est néanmoins possible de s'interroger sur le sens et les éventuels effets de cette condition.

1379. On peut, en premier lieu, interroger l'utilité de l'exigence⁴²¹⁰ de « *contre-indication médicale absolue* »⁴²¹¹ à la contraception. Le nombre et la variété de méthodes contraceptives aujourd'hui disponibles amènent en effet à considérer que le nombre de personnes concernées par une contre-indication absolue à *toutes* les contraceptions semble extrêmement faible⁴²¹². L'inspection générale des affaires sociales (IGAS) considérait d'ailleurs, dans son rapport de 1998, que, pour ce motif précis, « *la question de la stérilisation des handicapés ne se posait plus* »⁴²¹³. *A priori*, c'est donc plutôt « *l'impossibilité avérée de les mettre en œuvre* »⁴²¹⁴ qui est susceptible d'entraîner le recours à une stérilisation. Cela étant, cette seconde partie de l'énoncé soulève, elle aussi, des difficultés. En effet, les cas relatifs à une impossibilité totale de mise en œuvre d'une contraception apparaissent, sur le plan médical, eux aussi rarissimes, dans la mesure où il existe aujourd'hui des piqûres intramusculaires anticonceptionnelles dont les effets perdurent pendant plusieurs semaines⁴²¹⁵. Il semble dès lors plus probable que cette impossibilité de mise en œuvre s'explique avant tout par le manque d'accompagnement humain, matériel et financier qui permettrait d'assurer le suivi efficace d'une contraception⁴²¹⁶. Ainsi, même si une contraception semble *a priori* possible dès lors qu'il existe un accompagnement adapté et prolongé de la personne handicapée⁴²¹⁷, elle peut échouer en raison de cette absence d'accompagnement, souvent non efficacement garanti par les pouvoirs

⁴²⁰⁷ Article L2123-2 alinéa 1 CSP.

⁴²⁰⁸ §1905 alinéa 4 BGB.

⁴²⁰⁹ LG Fulda, 17 mars 1011, Az 5T 13/11, §20 ; BayObLG, 15 janvier 1997, 3Z BR 281/96 ; AG Grevenbroich, 10 août 1994, Az. 3 XVII 23/93 A ; Bayerisches Oberstes Landesgericht ; 23 mai 2001, 3Z BR 97/01.

⁴²¹⁰ Pour des interrogations similaires, CRISTOL D., « Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux », *op. cit.*, p. 1060.

⁴²¹¹ Article L2123-2 alinéa 1 CSP.

⁴²¹² En ce sens, BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 975.

⁴²¹³ IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 3. Voir également JEANMONOD G., GASSER J., HELLER G., « Réglementation de la stérilisation des personnes mentalement déficientes. Perspectives historiques et réflexions actuelles », *op. cit.*, p. 22.

⁴²¹⁴ Article L2123-2 alinéa 1 CSP.

⁴²¹⁵ BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 975.

⁴²¹⁶ BINET J.R., *Droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 157 : « *Cependant, en raison des fréquents oublis de prise des contraceptifs médicamenteux, certains souhaitaient qu'elles puissent être stérilisées* ».

⁴²¹⁷ GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *Revue Recherches féministes*, 162, 2003, p. 167 et suivantes.

publics⁴²¹⁸. Ainsi, comme le souligne dès 1998 le rapport de l'IGAS, des solutions existent pour permettre la contraception des personnes handicapées mais elles ne peuvent pas être mises en place faute de moyens⁴²¹⁹. Cette articulation entre l'état des choses et l'état du droit nous semble renforcer la pertinence du prisme de lecture ici proposé : dans ces conditions, en effet, la légalisation de la stérilisation des personnes handicapées semble bien participer d'un processus de normalisation de la vie - et ce d'autant plus que c'est potentiellement par *facilité* qu'elle sera autorisée, c'est-à-dire essentiellement en raison de l'absence de solutions alternatives. À ceci, il faut encore ajouter le fait que, par hypothèse, la stérilisation peut être réalisée sans le consentement exprès de la personne.

2. L'ambiguïté des conditions relatives au recueil de la volonté

1380. En principe, une stérilisation ne peut jamais être réalisée sous la contrainte. En, Allemagne, la loi précise que la « *stérilisation ne doit pas contredire la volonté du majeur protégé* », sachant qu'en toute hypothèse, le §1905 du Code civil allemand ne s'applique qu'aux personnes incapables d'exprimer leur volonté⁴²²⁰. En France, la loi dispose, quant à elle, que « *si la personne est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement* ». Ces deux énoncés semblent donc à première vue empêcher toute forme de normalisation *directe* des corps procréateurs. Cependant, en France, ces dispositions n'imposent pas que la volonté de la personne incapable soit nécessairement et pleinement prise en compte. Alors qu'ici encore le juge allemand semble exercer un contrôle rigoureux et approfondi des conditions posées par la loi et, partant, s'assurer que la volonté du majeur incapable est effectivement respectée **(a)**, la loi française laisse ouverte la voie à un certain nombre d'imprécisions et atténuations⁴²²¹ **(b)**.

a. En droit allemand

1381. Une fois de plus, le juge allemand garantit la protection des personnes handicapées mentales en s'assurant de la bonne application des conditions fixées par la loi et particulièrement du respect de la volonté de la personne.

⁴²¹⁸ PRADO C., *Mieux accompagner et inclure les personnes en situation de handicap : un défi, une nécessité*, Les avis du conseil économique, social et environnemental, 25 juin 2014.

⁴²¹⁹ IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 3.

⁴²²⁰ Voir notamment, OLG Hamm, 28 février 2000, 15 W 50/0.

⁴²²¹ En ce sens, BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 975.

1382. Ainsi, le juge ne vérifie qu'en dernier lieu si la mesure de stérilisation est acceptée par la personne handicapée. Ainsi, dans le corpus de décisions mentionnées, composé d'une dizaine de décisions, le juge n'examine cette condition que dans une seule affaire. Dans les autres espèces, il n'en arrive jamais à l'examen de cette condition, considérant en amont soit que le risque de grossesse n'est pas réel, soit qu'une contraception peut être mise en œuvre. Il ne procède à l'examen de cette condition que si toutes les autres conditions posées par le texte sont remplies. Il s'évite ainsi le contrôle d'une condition particulièrement difficile à déterminer si d'autres éléments, plus faciles à vérifier, sont avérés. Cela lui permet de protéger plus efficacement la personne handicapée mentale.

1383. Lorsqu'il s'avère confronté à cette dernière condition, c'est-à-dire à la question de savoir si la mesure de stérilisation contredit la volonté de la personne concernée, il procède à nouveau à un examen approfondi de la question. Dans une décision de la Cour d'appel de Hamm de 2000, le juge rappelle tout d'abord que le

« §1909 I 1 interdit la stérilisation forcée. Le tuteur ne peut autoriser la stérilisation que si elle ne contredit pas la volonté naturelle de la personne protégée »⁴²²². Le juge ajoute qu'« il importe avant tout que la personne concernée puisse, d'une manière ou d'une autre, manifester son opposition. Toute forme d'expression de la volonté est valable - il peut s'agir d'un refus par la parole, par des gestes ou une opposition physique à la mise en œuvre de la stérilisation »⁴²²³.

1384. Dès lors, le juge allemand semble ici opter pour une acception large de l'expression du consentement ou plus exactement de son refus. En France on l'a vu, l'inaccessibilité des décisions empêche d'analyser la manière dont le juge interprète la question. On peut cependant, bien en amont, souligner qu'un certain nombre d'ambiguïtés ressortent de la lettre même de l'article L2123-2 CSP sur cette question de la volonté de la personne stérilisée.

b. En droit français.

1385. La distinction établie par l'article L2123-2 CSP entre la stérilisation d'une personne incapable apte à exprimer sa volonté (**aa**) et celle d'une personne incapable jugée inapte à exprimer sa volonté (**bb**) apparaît « absurde et lacunaire, donc dangereuse »⁴²²⁴.

⁴²²² OLG Hamm, 28 février 2000, 15 W 50/0.

⁴²²³ *Ibid.*

⁴²²⁴ BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 975.

aa. Le cas du majeur incapable en mesure d'exprimer sa volonté

1386. Lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté, le législateur impose qu'une information adaptée lui soit dispensée ; et il convient de chercher à prendre en compte sa volonté. À première vue, la procédure semble relativement similaire à celle prévue pour les personnes capables d'exprimer leur volonté. Ce propos peut toutefois être nuancé sur deux points.

1387. Tout d'abord, il importe de se demander comment le juge considère que la personne est ou non apte à exprimer sa volonté⁴²²⁵. Sur la question de l'appréhension de la volonté de la personne handicapée mentale, l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) de 2015 sur le consentement des personnes vulnérables souligne que le Code de santé publique - qui, à la différence du Code civil, n'a pas été réformé depuis 2001 - apparaît moins avancé que ce dernier⁴²²⁶. En effet, alors que, selon la CNCDDH, le Code civil s'est départi en 2007⁴²²⁷ d'une conception binaire du consentement, se fondant désormais sur la notion de *discernement* pour appréhender la volonté du majeur vulnérable qu'est la personne handicapée mentale, le Code de santé publique n'a pas évolué sur cette question. Il en reste, de manière générale, à une approche univoque et tend à « réduire le patient sous tutelle à son incapacité »⁴²²⁸. L'évaluation de la capacité de la personne handicapée mentale à exprimer sa volonté est complexe : des études montrent en effet que c'est souvent la capacité de la personne à renoncer par elle-même à son projet de parentalité qui fait dire à son entourage qu'elle a conscience de la situation dans laquelle elle se trouve, qu'elle est lucide et donc capable de discernement (*i.e.* d'exprimer sa volonté).

1388. À l'inverse, le refus d'abandonner un projet de maternité chez les femmes jugées inaptes à devenir parents est considéré comme un manque de réflexion critique sur elle-même qui illustrerait l'altération de leurs capacités mentales⁴²²⁹. Ces éléments non juridiques permettent alors d'approfondir la réflexion sur la manière dont la volonté d'une personne incapable peut être interprétée par une tierce personne⁴²³⁰ : le juge pourrait-il lui aussi considérer qu'une personne qui refuse d'abandonner son projet de parentalité n'est pas capable d'introspection ? Pourrait-il considérer que ce refus est le signe de son incapacité à évaluer la situation dans laquelle elle se

⁴²²⁵ Voir également, AN, 17 avril 20001, Marie Thérèse Boisseau, p. 1977 : « Certaines questions restent en suspens et je me permets de les poser : qui décidera que la personne handicapée est apte ou non à exprimer sa volonté ? Comment et avec quelles précautions prendra-t-on l'avis des handicapés ? ». Voir aussi GIAMI A., LAVIGNE A., « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le consentement libre et éclairé », *op. cit.*, p. 41 ; BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 976.

⁴²²⁶ CNCDDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, 16 avril 2015, p. 7.

⁴²²⁷ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁴²²⁸ CNCDDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *op. cit.*, p. 7.

⁴²²⁹ DISERENS C.A., VATRE F., « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *Thérapie Familiale*, 2003/2, Vol. 24, p. 208.

⁴²³⁰ *Ibid.*, p. 204.

trouve ? Et qu'il reflète donc une altération de ses capacités mentales telle qu'elle doit être jugée « *inapte à exprimer sa volonté* » ? Ces interrogations doivent par ailleurs être mises en perspective avec la formulation de l'article L2123-2 CSP qui prévoit que la volonté de la personne doit être « recherchée » puis « prise en compte ». Il n'est pas certain ici que le terme de « rechercher » soit synonyme de « recueillir » ou que la « prise en compte » du consentement signifie son « respect ». En effet, rien n'indique que le juge, obligé de prendre en compte la volonté de la personne concernée, soit contraint de la respecter. Mais si l'on estime que la personne est en mesure d'exprimer sa volonté, pourquoi le texte n'impose-t-il alors pas de la respecter ?

1389. Ces ambiguïtés interrogent l'efficacité du texte à *protéger* la personne capable d'exprimer sa volonté, et, plus encore, celle qui ne l'est pas.

bb. Le cas du majeur incapable inapte à exprimer sa volonté

1390. De la personne jugée inapte à exprimer sa volonté, le texte ne dit rien, précisant seulement qu'« *il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement* ». Ainsi, le texte « *ne prolonge pas* »⁴²³¹ la condition qu'il pose en ce qui concerne le majeur qui peut exprimer son consentement. Une telle formulation inspire trois séries d'observations.

1391. En premier lieu, une lecture *a contrario* du texte fait apparaître des éléments intéressants. Dès lors que le consentement de l'intéressé a été recherché et qu'une information a été donnée, est-il possible de passer outre son consentement si la personne handicapée n'est pas considérée apte à exprimer sa volonté⁴²³² ? Il semble ici que le législateur ait créé une catégorie intermédiaire entre le « refus » et le « consentement » : l'absence d'opposition expresse. En effet, même si le juge doit en principe faire son possible pour connaître la volonté de la personne, il s'agit seulement d'une obligation de moyens (« rechercher ») et non de résultat (« trouver »). Dès lors, s'il ne parvient pas à identifier la volonté de la personne, la stérilisation peut malgré tout être autorisée dès lors que la personne ne s'y oppose pas expressément. Ce n'est donc que si la personne refuse expressément la stérilisation qu'elle ne peut être autorisée. Mais si le refus est implicite, la stérilisation est possible, dès lors qu'il n'existe pas de distinction entre un refus implicite et une absence de consentement exprès. C'est bien en ce sens que le TGI de Sens déclare en 2006 que « *découlait de l'article L2123-2 CSP qu'une opération de stérilisation sur une personne hors d'état de donner son consentement pouvait être autorisée*

⁴²³¹ BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 976.

⁴²³² *Ibid.*

à condition qu'elle n'exprime pas de refus»⁴²³³. De même, la CEDH dans la décision d'irrecevabilité *Grauer contre France* souligne que, pour le juge français au regard de « l'article L2123-2 du Code de la santé publique, interprété a contrario, il découlait qu'une opération de stérilisation sur une personne hors d'état de donner son consentement pouvait être autorisée à condition qu'elle n'exprime pas de refus »⁴²³⁴. L'absence de consentement n'est donc pas synonyme de refus ; c'est là le sens de l'article L2123-2 CSP. Or, il faut replacer ces éléments dans leur contexte : dans la mesure où de nombreuses personnes handicapées mentales peuvent être impressionnées par la situation, il n'est pas inconcevable qu'elles décident de garder le silence ou de répéter le discours qui leur aura été proposé. Il n'est donc pas certain que toutes ces personnes aient toujours « la force et le courage de dire non face à l'aréopage de spécialistes qui préconisent la stérilisation »⁴²³⁵. La CNCDH souligne en ce sens dans son avis de 2015 que « tant le contexte que les rapports inégalitaires entre individus peuvent altérer la qualité du consentement qui alors n'est plus réellement, ni libre, ni éclairé »⁴²³⁶. Il est partant, possible que des personnes handicapées mentales - pourtant porteuses d'un projet parental⁴²³⁷ - ne s'opposent pas expressément à la stérilisation, sans pour autant considérer qu'elles y ont consenti.

1392. En deuxième lieu, il faut souligner l'absence de clarté de ces dispositions du Code de la santé publique. Le droit de veto y est consacré dans le même alinéa que celui qui précise que si la personne est apte à exprimer sa volonté, celle-ci doit être recherchée. Le fait que cette phrase soit insérée dans le même alinéa que celui qui décrit la procédure à suivre lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté pourrait signifier que le droit de veto ne vaut, précisément, que pour cette catégorie de personnes. Cependant, tant les débats parlementaires⁴²³⁸ qu'une circulaire de 2003⁴²³⁹ indiquent que tel n'est pas le cas, et que le « droit de veto » s'applique à tous, la circulaire précisant qu'« en prévoyant l'audition de la personne concernée par une stérilisation, le dispositif s'inscrit dans un cadre législatif qui associe la personne concernée à toutes les étapes de la procédure et admet que le refus de cette dernière fait obstacle à toute intervention ». Il apparaît en ce sens regrettable que le législateur n'ait pas affiné la rédaction de la procédure à suivre, en distinguant entre une procédure relative aux personnes aptes à exprimer leur volonté et une autre applicable lorsque ce n'est pas le cas.

⁴²³³ TGI Sens, 3 avril 2006 cité par CEDH *Grauer contre France*, 23 octobre 2012, n° 6152108.

⁴²³⁴ CEDH, *Grauer contre France*, 23 octobre 2012, n° 61521/08, §10.

⁴²³⁵ LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et code de la santé publique », *RDSS*, 2008, p. 427.

⁴²³⁶ CNCDH, *Avis sur le consentement des personnes vulnérables*, *op. cit.*, p. 21.

⁴²³⁷ Voir sur cette question, DISERENS C.A., VATRE F., « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *op. cit.*, p. 110.

⁴²³⁸ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁴²³⁹ Circulaire DGS/DS 6D n° 2003-71 relative à la mise en œuvre de l'article 27 de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 13 février 2003.

1393. En troisième lieu, la mention, au dernier alinéa de l'article 2123-2 CSP, de l'avis d'un comité d'experts mérite d'être commentée. Il s'agit d'une opinion qui ne lie pas le juge, comme le confirme une circulaire de 2003 qui énonce que « *les modalités de fonctionnement du comité d'experts ne confèrent aucun caractère autoritaire à l'intervention de cette instance* »⁴²⁴⁰. Le juge prend-il alors vraiment en compte son avis ? En l'absence de dispositif de surveillance de ce texte, il est, à nouveau, impossible de connaître la réponse à cette question. Il est malgré tout possible d'observer que ce comité est en majorité composé de médecins : l'article R2123-2 CSP dispose que le comité est composé de « *deux médecins spécialistes qualifiés en gynécologie-obstétrique ; un médecin psychiatre [et] deux représentants d'associations de personnes* ». Cette composition s'explique par les tâches attribuées au comité, puisqu'il est compétent pour vérifier la contre-indication médicale à la contraception. Cela étant, c'est à nouveau le corps médical qui se voit attribuer un fort pouvoir décisionnel en ce qui concerne les corps procréateurs des individus⁴²⁴¹. La normalisation est une fois de plus réalisée par corps médical interposé, paradigmatique des nouvelles modalités d'exercice du biopouvoir sur les corps procréateurs. Ce biopouvoir ne tend précisément pas - c'est là l'hypothèse première de notre étude - à *faire vivre* mais à assurer la production de la *vie bonne* ou, dans certains cas, sa non-production s'il s'avère que le cadre dans lequel elle est susceptible d'être créée n'est pas adapté à son *bon* développement.

1394. Ainsi, en France, il semble qu'*a priori* le silence de la personne handicapée vaut acceptation. Il semble également que l'incapacité du juge des tutelles à *trouver* sa volonté puisse permettre l'autorisation de la stérilisation. Il semble, par conséquent, possible de qualifier ces stérilisations, si ce n'est de forcées, du moins de *quasi-directes* puisqu'elles ne se fondent pas sur un consentement libre et éclairé. Alors qu'en Allemagne, le juge opte pour un contrôle *in concreto* des conditions posées par le §1905 du Code civil allemand, en France, des interrogations persistent, en l'absence d'accès aux décisions du juge des tutelles, sur le degré de protection réellement offert par le dispositif français⁴²⁴² particulièrement lacunaire et imprécis. Or, si le dispositif ne permet pas une protection effective des personnes handicapées, la portée *normalisatrice* de la stérilisation *quasi-directe* n'en est que plus visible. Elle peut même entrer dans la définition de l'eugénisme dont il a déjà été question préalablement⁴²⁴³. En effet, « *l'histoire, et pas seulement celle du national-socialisme, nous enseigne la*

⁴²⁴⁰ *Ibid.*

⁴²⁴¹ Pour une réflexion sur le pouvoir qui leur ait accordé, DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 24.

⁴²⁴² Voir aussi, pour des interrogations similaires, BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le "handicap mental" », *op. cit.*, p. 233 ; CRISTOL D., « Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux », *op. cit.*, p. 1060.

⁴²⁴³ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

forte corrélation entre politiques eugéniques et stérilisation des handicapés mentaux »⁴²⁴⁴. Les effets *normalisateurs*, voire potentiellement eugéniques de la stérilisation sont particulièrement manifestes lorsqu'on analyse dans le détail les finalités qui sous-tendent la mise en place de ce dispositif dans les deux pays. En effet, alors qu'en Allemagne, le législateur construit le §1905 du Code civil allemand en fonction d'une unique finalité - la protection de la personne handicapée -, en France, cet objectif ne semble pas être la seule fonction du dispositif, qui sert également à *normaliser* la parenté dès lors qu'il permet également que des personnes jugées inaptes à s'occuper d'enfants ne puissent donner la vie.

II. Le potentiel eugénique de l'encadrement juridique de la stérilisation en France

1395. En France, la protection de la personne handicapée mentale n'est donc pas la seule finalité du dispositif. Les autres finalités poursuivies par le dispositif en France interrogent alors le potentiel eugénique de ce dispositif (A), alors même qu'il n'accompagne l'autorisation de la stérilisation d'aucun autre dispositif susceptible de protéger, en parallèle ou à la place de la stérilisation, la personne handicapée mentale (B).

A. Une normalisation non finalisée par la seule protection des personnes handicapées

1396. En Allemagne, le projet de loi de 1989 énonce clairement que « *les stérilisations perpétuées dans le but de protéger la collectivité contre la naissance d'enfants éventuellement handicapés sont interdites* »⁴²⁴⁵. De la même manière, les stérilisations perpétuées dans le but de protéger des tiers sont interdites⁴²⁴⁶. Ainsi, même si les motifs du projet de loi - celui-là même qui introduit par la suite en droit positif le dispositif de stérilisation - ne nient pas la situation particulièrement difficile dans laquelle peuvent parfois se trouver les proches des personnes handicapées⁴²⁴⁷, il rappelle que la finalité principale du droit des tutelles est de « *protéger la volonté* »⁴²⁴⁸ du majeur protégé, et non de protéger les parents ou les proches de ladite personne⁴²⁴⁹. Seule la protection de la personne incapable, soit celle qui est directement concernée par la stérilisation envisagée, entre en ligne de compte. Tel n'est pas le cas en France. Des interrogations surgissent alors quant au potentiel eugénique de la normalisation, mise notamment en œuvre ici pour s'assurer de la non-production de la vie

⁴²⁴⁴ BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 977.

⁴²⁴⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 75.

⁴²⁴⁶ *Ibid.*

⁴²⁴⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁴²⁴⁸ *Ibid.*, p. 76.

⁴²⁴⁹ Ce que certains auteurs français considèrent être « satisfaisant », voir notamment, FOSSIER T., VERHEYDE T., « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *op. cit.*, p. 2.

insusceptible d'être qualifiée de vie bonne car encadrée par des parents jugés « anormaux ». En effet, la stérilisation est justifiée à la fois par un objectif de protection des personnes handicapées elles-mêmes et en particulier de leur sexualité (1) mais aussi par un objectif de protection des tiers et en particulier de ceux susceptibles d'avoir à s'occuper de l'enfant, l'enfant à naître et même, dans une moindre mesure, la société dans son ensemble (2).

1. La protection de la sexualité des personnes handicapées

1397. Lors des débats parlementaires relatifs à la loi de 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, les députés insistent sur la nécessité d'autoriser la stérilisation afin de garantir le droit à la sexualité des personnes handicapées⁴²⁵⁰. Cependant, cette opinion produit des effets qui méritent d'être mis en lumière⁴²⁵¹.

1398. En premier lieu, notons que la question de la sexualité n'est pas directement liée à celle de la stérilisation. En effet, la contraception permet aujourd'hui aux personnes d'avoir une vie sexuelle non procréative. Par ailleurs, la mise en place d'une éducation sexuelle adaptée aux personnes handicapées pourrait permettre de garantir leur vie sexuelle sans passer par leur stérilisation⁴²⁵². En ce sens, il est notable que l'exposé des motifs du projet de loi allemand précise que la sexualité des personnes handicapées doit être favorisée, *indépendamment* de la question de leur stérilisation⁴²⁵³.

1399. En deuxième lieu, cet argument participe à une dévalorisation de la sexualité des personnes handicapées⁴²⁵⁴. En ce sens, il faut observer que, dans le cadre du contentieux constitutionnel de 2001⁴²⁵⁵, le gouvernement défend la constitutionnalité de la loi en déclarant : « *On soulignera, à cet*

⁴²⁵⁰ Voir notamment, AN, séance 2 du 17 avril 2001, André Vauchez, p. 1932. Voir également JEANMONOD G., GASSER J., HELLER G., « Réglementation de la stérilisation des personnes mentalement déficientes. Perspectives historiques et réflexions actuelles », *op. cit.*, p. 15.

⁴²⁵¹ Pour une critique, voir également TAQUET F., « Les nouvelles dispositions relatives à l'IVG et à la contraception (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001) », *op. cit.*, p. 8. L'auteur reprend les critiques du milieu associatif ; DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 35 : « Ces stérilisations sont présentées comme la contrepartie, le "prix à payer", pour mener une vie affective et sexuelle. La rançon de la liberté qui leur est aujourd'hui accordée, en quelque sorte » ; TOMKIEWICZ T., « À propos de la stérilisation des jeunes femmes handicapées mentales : petite histoire et grands principes », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 226 ; MOYSE D., *Bien naître, bien être, bien mourir, Propos sur l'eugénisme et l'euthanasie*, Toulouse, Érès, 2001, p. 24.

⁴²⁵² En ce sens, ZUCKER-ROUVILLOIS E., « La fabrique des handicapés mentaux », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 48.

⁴²⁵³ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 73.

⁴²⁵⁴ Pour une critique de la manière dont est appréhendée la sexualité des handicapés mentaux, GIAMI A., LAVIGNE A., « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le consentement libre et éclairé », *op. cit.*, p. 41. Pour une explication de ces perceptions, DISERENS C.A., VATRE F., « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *op. cit.*, p. 205. Voir aussi, sur une question un peu différente, IACUB M., « L'interdiction des relations sexuelles entre personnes handicapées mentales et bien-portantes en droit français », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 51 ; en particulier p. 67.

⁴²⁵⁵ Conseil constitutionnel, DC n° 2001- 449, 4 juillet 2001, « Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », observations du gouvernement.

égard, que les personnes ainsi visées sont dans une situation telle qu'elles ne peuvent choisir de manière entièrement libre, ni leur sexualité, ni un projet parental». Ne faisant aucune distinction entre sexualité et parentalité, le gouvernement disqualifie ici globalement la sexualité des personnes handicapées. Ce faisant, il prend le contrepied des analyses proposées, par exemple, par des rapports du CCNE en 1996 ou de l'IGAS en 1998 qui insistaient, précisément, sur l'importance de garantir la liberté sexuelle des personnes handicapées mentales qui, à l'exception de certaines pathologies, ont des envies sexuelles similaires à celles de la population générale. Les propos du gouvernement tendent alors à confirmer les craintes de l'IGAS qui considère que

« jusqu'alors le recours à la stérilisation a souvent été un moyen d'évacuer la question de la sexualité des handicapés [...] La stérilisation des handicapés est alors une manière de leur dénier des pratiques amoureuses et érotiques qui jusqu'alors été empêchées par leur mode de vie »⁴²⁵⁶. Finalement, « ligaturer les trompes, c'est supprimer les problèmes : plus de contraception à adapter, plus de discussions à avoir sur la sexualité, il n'y a même plus d'acceptation à requérir, de questions à poser [...] »⁴²⁵⁷.

1400. En troisième lieu, cet argument invisibilise la question des violences sexuelles faites aux personnes handicapées. Ce sont encore ici les analyses mises en avant par le gouvernement dans le cadre du contentieux constitutionnel de 2001 qui permettent de souligner ce point. Selon lui en effet, la loi ne serait pas contraire à la Constitution car « il s'agit en outre de personnes que leur faiblesse expose aux agressions sexuelles »⁴²⁵⁸. Ce propos sous-entend que la stérilisation se justifie indirectement par les risques d'abus sexuels qui pèsent sur les personnes handicapées mentales, particulièrement vulnérables. Cette justification est hautement critiquable, notamment en tant qu'elle présente, implicitement mais nécessairement, la stérilisation comme un moyen (valable) de lutte contre les abus sexuels. Si elle peut contribuer à invisibiliser les éventuelles conséquences de telles violences, elle ne saurait compter parmi les mécanismes permettant de les combattre. Au contraire, en invisibilisant leurs effets, elle pourrait même les renforcer⁴²⁵⁹.

1401. Ainsi, l'argument relatif à la sexualité des personnes handicapées apparaît problématique, coupant court à une éventuelle réflexion sur la mise en place d'une éducation sexuelle adaptée à ces personnes et tendant à invisibiliser la problématique des violences sexuelles. Plus encore, la prise en compte par le dispositif français de la protection des tiers, voire même de la société met pleinement

⁴²⁵⁶ IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p.64.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁴²⁵⁸ Conseil constitutionnel, DC n° 2001- 449, 4 juillet 2001, «Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », observations du gouvernement.

⁴²⁵⁹ En ce sens, DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine ? » in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 27 : « Traiter le risque de viol (ou le viol) par la stérilisation de la victime, c'est rajouter une violence supplémentaire qui peut être perçue comme une punition par les jeunes femmes, ce qui évoque les sanctions prises autrefois à l'égard des femmes violentées sur lesquelles on faisait peser toute la responsabilité de l'agression ».

en lumière les processus de normalisation que sous-tend la pratique de la stérilisation quasi-directe et, avec eux, leurs effets potentiellement eugéniques.

2. La protection des tiers

1402. Le droit français, à la différence du droit allemand, n'autorise pas seulement la stérilisation d'un majeur incapable dans le but de le protéger physiquement ou psychologiquement ; il fait également place à la protection des proches de la personne qu'il s'agit de stériliser **(a)**. En cela, le cadre juridique français peut être lu comme servant la protection de la collectivité **(b)**.

a. La protection des proches de la personne handicapée

1403. L'analyse approfondie du régime juridique de la stérilisation des personnes handicapées révèle que la protection des parents de la personne handicapée contre la charge que peut représenter pour eux l'arrivée d'un enfant dont ils auront très probablement à s'occuper compte parmi des objectifs d'importance comparable du dispositif juridique étudié **(aa)**, de même que la protection de l'enfant à naître contre une carence éducative et affective **(bb)**.

aa. Les parents

1404. La prise en compte de l'intérêt des parents de la personne handicapée dans le dispositif de stérilisation quasi-directe se manifeste en droit positif à l'article L2123-2 CSP, qui considère les pères et mères comme légitimes à déposer une demande de stérilisation. L'alinéa 4 prévoit du reste leur audition obligatoire, de sorte que le droit positif appréhende les parents de l'enfant comme des acteurs centraux du processus décisionnel relatif à la stérilisation de leur enfant - y compris majeur⁴²⁶⁰. Lors des débats parlementaires, cet argument relatif à la protection des proches est très visible, plusieurs députés exprimant même le souhait que l'audition des parents soit obligatoire⁴²⁶¹, car ils considèrent que la question de savoir si la personne est capable d'élever un enfant appartient en partie à la famille⁴²⁶².

1405. Un tel cadre juridique contraste nettement avec celui qui existe en droit positif allemand, où seuls la personne directement concernée et son tuteur peuvent déposer une demande de stérilisation. Si les parents de la personne dont la stérilisation est envisagée *peuvent* être auditionnés

⁴²⁶⁰ Pour une critique (antérieure à la loi) : GIAMI A., LAVIGNE C., « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le consentement libre et éclairé », *op. cit.*, p. 36.

⁴²⁶¹ AN, séance 2 du 17 avril 2001, Nicole Bricq, p. 1932 ; AN, séance 2 du 17 avril 2001, Mme la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, p. 1912.

⁴²⁶² AN, séance 2 du 17 avril 2001, Matine Lignière-Cassou, p. 1915.

dans le cadre des différentes auditions et expertises demandées par le juge, une telle audition n'est pas obligatoire. En outre, l'exposé des motifs du projet de loi allemand précise

« qu'il existe des cas dans lesquels le handicap est si grave, que la possibilité pour la personne de s'occuper de son enfant n'existera pas. Dans un tel cas, les proches de la personne - et très souvent ses parents - se verront dans l'obligation de s'occuper de l'enfant. Le projet de loi ne méconnaît pas le fait qu'il peut s'agir d'une charge extrêmement lourde, surtout pour les parents qui ont déjà eu à s'occuper de leur enfant handicapé et qui devront, à nouveau, s'occuper de leurs petits-enfants, éventuellement handicapés. Malgré tout, le projet laisse les intérêts des tiers de côté. Cela correspond au but général du droit des tutelles qui cherche à protéger la volonté du majeur protégé. Et cela permet de ne pas autoriser une atteinte aussi grave que celle que représente la stérilisation alors qu'elle ne sert pas directement les intérêts de la personne concernée »⁴²⁶³.

1406. *A contrario*, la place qu'accorde la loi française aux parents montre que ce n'est pas la seule protection de la personne handicapée qui est visée par le dispositif mais également celle de certains de ses proches⁴²⁶⁴. Or, même si la crainte d'un placement fait peser sur les tiers - et particulièrement sur les parents - le risque que l'enfant leur soit confié⁴²⁶⁵, cette angoisse « justifie-t-elle pour autant ce pouvoir absolu sur leur enfant ? »⁴²⁶⁶. En tout état de cause, on ne peut que constater que le droit français autorise une atteinte à l'intégrité physique non nécessairement librement consentie dans le but de protéger les tiers mais aussi, on va le voir, l'enfant à naître.

bb. L'enfant susceptible de naître

1407. En Allemagne, l'argument de la protection de l'enfant à naître est rejeté dans le processus décisionnel pouvant mener à la stérilisation d'une personne handicapée, car le législateur estime que la non-existence ne peut jamais être préférée à l'existence⁴²⁶⁷.

1408. En France, au contraire, on constate que l'argument de l'intérêt de l'enfant à naître peut être mobilisé, et même, accepté⁴²⁶⁸. L'arrêt, déjà mentionné, rendu par la de Paris en 2007⁴²⁶⁹, conclut dans une affaire où le juge ne condamne pas les médecins qui avaient pratiqué, sans le consentement des patientes handicapées à leur stérilisation,

⁴²⁶³ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 75.

⁴²⁶⁴ En ce sens, GIAMI A., LAVIGNE A., « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le consentement libre et éclairé », *op. cit.*, p. 41 ; LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et code de la santé publique », *op. cit.*, p. 427.

⁴²⁶⁵ DISERENS C.A., VATRE F., « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *op. cit.*, p. 204.

⁴²⁶⁶ DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 25.

⁴²⁶⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 76. Dans le même sens, en France, FRESNEL F., « La stérilisation des handicapés mentaux », *op. cit.*, p. 12.

⁴²⁶⁸ UNAPEI, « Stérilisation des personnes handicapées mentales », *Contraste - La déficience intellectuelle*, 2005/1, n° 22-23, §23. Voir aussi les différents arguments soulevés - et critiques - in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap mental*, *op. cit.* ; CCNE, Avis n° 49, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, *op. cit.*

⁴²⁶⁹ CA Paris, 12 mars 2007, cité par CEDH, *Grauer contre France*, 23 octobre 2012, n° 6152108.

« considérant [qu']eu égard d'une part aux éléments exposés ci-dessus et notamment aux buts respectivement contraceptif et thérapeutique des opérations médicales pratiquées et d'autre part, à l'extrême difficulté, voire l'impossibilité pour les personnes dont les facultés mentales sont fortement diminuées, comme en l'espèce, d'assumer leur rôle parental vis-à-vis de leurs enfants éventuels [...] l'intention des docteurs B et M d'agir dans le seul intérêt [des requérantes] n'apparaît pas sérieusement discutable ».

1409. Ainsi, le fait que la patiente ne soit pas nécessairement apte à exercer un rôle parental semble ici influencer le raisonnement du juge et justifier l'absence de condamnation. Qui plus est, le juge utilise ici un présent de vérité générale particulièrement problématique : « *Considérant l'impossibilité pour les personnes dont les facultés mentales sont fortement diminuées d'assumer leur rôle parental vis-à-vis de leurs enfants éventuels* ». Ce faisant, il affirme et véhicule un principe selon lequel toutes les personnes souffrant d'une altération des facultés mentales sont incapables d'être parents - affirmation problématique dans sa généralité et largement contredite par nombre d'acteurs institutionnels et sociaux⁴²⁷⁰. Les propos du juge indiquent en tout cas que la légalité de la stérilisation est évaluée à l'aune de l'intérêt de l'enfant à naître qui est, lui-même, évalué à l'aune de la capacité parentale de la personne handicapée. La stérilisation peut alors être justifiée par l'incapacité parentale de la personne handicapée. En ce sens, elle sert donc bien ici une normalisation de la parenté, empêchant la procréation des personnes jugées inaptes à devenir de *bons* parents. À la différence du droit allemand, la non-existence est préférée à l'existence jugée non conforme à la *vie bonne* ; c'est la raison pour laquelle une atteinte à l'intégrité physique peut être autorisée non pas seulement pour protéger la personne handicapée mentale contre une grossesse qu'elle ne saurait supporter, mais aussi, et au-delà, pour s'assurer qu'aucune vie ne sera créée dans un cadre jugé inapte à son bon développement. Une telle clef de lecture est d'autant plus importante qu'en réalité, elle permet encore d'éclairer, au-delà de la seule normalisation de la parenté des personnes handicapées mentales, d'autres aspects. Le dispositif juridique français peut en effet être lu comme poursuivant aussi, fût-ce de manière plus diffuse et latente, des intérêts plus collectifs encore, en lien avec la protection de la société.

⁴²⁷⁰ CRUSON C., « Être mère et en situation de handicap : un projet d'accompagnement », *op. cit.*, p. 167.

b. La protection de la collectivité

1410. Par-delà la question de la protection des tiers et de l'enfant, certains aspects du dispositif juridique présidant à la stérilisation des personnes handicapées, en France, peuvent encore être lus comme poursuivant un objectif de protection de la collectivité⁴²⁷¹.

1411. On peut, en premier lieu, pour tester cette hypothèse, s'intéresser au poids accordé à l'argument relatif au facteur héréditaire du handicap mental dans l'autorisation de la stérilisation des personnes handicapées. À première vue, cet argument n'apparaît pas dans les débats parlementaires. En revanche, le CCNE préconise, pour envisager une stérilisation, l'évaluation « *du risque génétique [...] au cas par cas* » ; laissant alors entendre que le risque de transmission d'une maladie mentale pourrait justifier, au moins en partie, que l'on autorise la stérilisation. Ainsi, le problème suscité par la procréation des personnes handicapées mentales n'est pas seulement lié à leur incapacité parentale, mais également au potentiel héréditaire de certains handicaps, ce qui n'est pas sans rappeler les doctrines eugéniques. L'IGAS mentionne également cette question. Le corps d'inspection commence ainsi son rapport de 1998 en déclarant que « *toute politique qui vise à interdire à certaines personnes d'avoir des enfants parce qu'elles risqueraient de transmettre une tare à leurs descendants ou de ne pas être de bons parents est de l'eugénisme* »⁴²⁷². Elle précise que « *la différence entre l'eugénisme et certaines formes de politique de santé publique visant à favoriser le développement des générations futures par l'utilisation non contrôlée de tous les moyens scientifiques est difficile à établir* ». Cependant, elle insiste sur le fait que les défenseurs de la stérilisation des personnes handicapées ne sont pas eugénistes car plus personne ne croit aujourd'hui à l'amélioration de la race par la sélection des géniteurs - mais uniquement par la sélection des ovocytes et du sperme. En outre, l'IGAS considère que la stérilisation n'a pas pour but de « *produire des enfants sans handicap* »⁴²⁷³. Cependant, s'il est certain que les parents qui demandent au juge la stérilisation de leur enfant incapable n'entendent pas améliorer l'espèce humaine mais seulement apaiser leurs angoisses relatives à la survenance d'une grossesse non désirée⁴²⁷⁴, il n'est pas impossible que l'argument héréditaire ait joué un rôle dans l'autorisation du dispositif de stérilisation. Ainsi, même si le risque de transmission du handicap mental à l'enfant

⁴²⁷¹ Pour une interrogation similaire, et un point de vue critique, LABRUSSE-RIOU C., « Code civil et Code de la santé publique », *op. cit.*, p. 427.

⁴²⁷² IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 7.

⁴²⁷³ *Ibid.*

⁴²⁷⁴ Voir sur ce point, notamment, MASSIP J., « Peut-on procéder à la stérilisation d'une majeure incapable ? », *LPA*, 03 juin 1999, n° 110, p. 20 ; DISERENS C.A., VATRE F., « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *op. cit.*, p. 204 ; TOMKIEWICZ T., « À propos de la stérilisation des jeunes femmes handicapées mentales : petite histoire et grands principes », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 227.

n'est en réalité pas très élevé⁴²⁷⁵, il est malgré tout possible que cet argument ait indirectement influencé la mise en place des procédés de stérilisation⁴²⁷⁶. Certains auteurs, à l'instar de Jean-Marie AUBY, présentent d'ailleurs le dispositif de stérilisation comme servant à « éviter la transmission de maladies héréditaires »⁴²⁷⁷. Or, si empêcher la transmission de certains handicaps peut certes être lu comme servant les intérêts de l'enfant à naître, lui évitant une vie non conforme aux critères de la vie *bonne*, c'est également dans une certaine mesure au moins la collectivité - le maintien de la *bonne* population - qui est assurée par ce biais.

1412. Le droit français autorise ainsi la stérilisation des personnes handicapées mentales non pas seulement pour leur propre protection. Cela suscite alors des interrogations : si la stérilisation entend également protéger les tiers ou l'enfant à naître, pourquoi ne pas étendre le dispositif à toutes les personnes jugées incapables de ne pas être de bons parents ? Pourquoi ne pas étendre le dispositif à toutes les personnes susceptibles de se voir suspendre leurs droits parentaux puisque cela pourrait entraîner le placement de l'enfant et éventuellement nuire à son bon développement ? Cette interrogation tend à mettre en lumière les dérives normalisantes⁴²⁷⁸, voire eugéniques du dispositif. En effet, même si la stérilisation n'est certes pas mise en œuvre *dans le but* d'améliorer l'espèce humaine, on retrouve dans le dispositif certaines des caractéristiques de l'eugénisme mises en lumière dans nos développements précédents⁴²⁷⁹ : il poursuit un objectif qualitatif, on observe une collaboration du corps médical, la primauté du collectif sur l'individuel et une certaine importance accordée à l'hérédité. La normalisation de la *parenté* des personnes handicapées mentales réalisée par le biais de la stérilisation peut, en outre, être mise en lumière par l'absence de mesures prises en parallèle par les pouvoirs publics pour tenter d'*aider* cette parenté au lieu de l'annihiler⁴²⁸⁰. En ce sens, on peut observer que dans l'arrêt *Soares de Melo contre Portugal* de 2016, la Cour estime qu'

⁴²⁷⁵ Voir l'exposé des motifs du projet de loi allemand : Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG), 11 mai 1989, Drucksache 11/4528, p. 76 : « *Les enfants de personnes handicapées ne sont pas, dans la majorité des cas, eux-mêmes handicapés* ». Voir aussi COPPIN B., « Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités », *Reliance*, 2007/4, n° 26, p. 94 ; DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 25.

⁴²⁷⁶ BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le "handicap mental" », *op. cit.*, p. 233. Voir aussi « La stérilisation des malades mentaux », *Le Monde*, 20 mars 1991, p. 15.

⁴²⁷⁷ AUBY J.M., « Un droit à la stérilisation ? », *op. cit.*, p. 22 : « *En va-t-il de même de la stérilisation "eugénique" destinée à éviter la transmission de maladies héréditaires ? En l'absence de jurisprudence, beaucoup estiment que la stérilisation non thérapeutique pourrait être déclarée licite dans ce cas* » ; MATHIEU B., *Le droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 82.

⁴²⁷⁸ En ce sens, IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 8 : « *Refuser aujourd'hui aux psychotiques de devenir parents ne conduirait-il pas à refuser demain les parents névrosés ? Empêcher les débiles moyens d'enfanter n'amène-t-il pas à tester le quotient intellectuel des parents, avant de les autoriser à se reproduire ?* » ; DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 33.

⁴²⁷⁹ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁴²⁸⁰ DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 36.

« en dépit du dénuement matériel manifeste constaté au cours des différentes visites au domicile de la requérante, les autorités internes n'ont pas essayé de combler ces carences au moyen d'une aide financière supplémentaire afin de couvrir les besoins primaires de la famille (par exemple en matière d'alimentation, d'électricité et d'eau courante) et les frais d'accueil des enfants les plus jeunes dans des crèches familiales pour permettre à l'intéressée d'exercer une activité professionnelle rémunérée. En réalité, il apparaît que les services sociaux en charge de l'accompagnement de la famille attendaient de la part de la requérante, en sus de la régularisation de sa situation dans le pays, la présentation formelle d'un dossier motivé faisant état des besoins qu'ils avaient pourtant eux-mêmes constatés et signalés. La Cour est d'avis que les autorités auraient dû prendre des mesures concrètes pour permettre aux enfants de vivre avec leur mère, avant de les placer et d'ouvrir une procédure d'adoptabilité »⁴²⁸¹.

1413. Or, précisément, faute de moyen, peu de mesures « concrètes » sont prises en France pour aider la parenté des personnes handicapées mentales.

B. La stérilisation, un mécanisme isolé de protection de la parenté handicapée

1414. Il faut souligner que la loi de 2001 qui autorise la stérilisation des personnes incapables n'est pas accompagnée de mesures visant à améliorer la prise en charge et l'accompagnement des personnes handicapées dont l'altération des facultés mentales laisse supposer qu'elles ne peuvent pas élever leur enfant sans aide. En effet, cette loi ne s'inscrit nullement, à la différence de la disposition §1905 du Code civil allemand, dans le cadre d'une grande réforme sur la tutelle ou sur la prise en charge des personnes handicapées⁴²⁸². Cette loi n'entend pas « affirmer le principe d'autonomie du majeur protégé en matière personnelle, doublé du devoir de sauvegarder la personne qui pèse sur tout tuteur ou curateur, sans référence obligée au degré de protection du patrimoine », comme le souhaitent pourtant certains auteurs⁴²⁸³. Elle n'entend pas non plus améliorer l'accueil des personnes handicapées en institutions, la formation du personnel accompagnant et soignant sur les questions de sexualité des personnes handicapées ou augmenter le nombre d'accompagnateurs⁴²⁸⁴. Contrairement à ce que le CCNE recommande en 1996 - « que soient corrélativement développés des services compétents d'assistance pour les parents handicapés mentaux ayant des enfants »⁴²⁸⁵ -, la loi de 2001 se contente de réglementer la question de la stérilisation. S'il ne fait aucun doute que la procréation des personnes incapables est susceptible de soulever des difficultés, force est néanmoins de constater que l'autorisation de la stérilisation ne s'accompagne d'aucune autre politique publique particulièrement développée à l'égard de la parenté handicapée. Le fait que cette loi soit relative à l'IVG et à la contraception, et

⁴²⁸¹ CEDH, *Soares de Melo contre Portugal*, 16 février 2016, n° 7285014, §106.

⁴²⁸² Voir notamment BOUMAZA A., « La stérilisation contraceptive et le “handicap mental” », *op. cit.*, p. 233 ; FOSSIER T., « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *op. cit.* p. 1 : « Le droit des incapables majeurs a surtout envisagé la protection des biens de l'incapable plus que celle de sa personne ».

⁴²⁸³ FOSSIER T., « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *op. cit.*, p. 1.

⁴²⁸⁴ Voir sur ces différentes solutions, GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *op. cit.*, p. 186 ; COPPIN B., « Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités », *op. cit.*, p. 88.

⁴²⁸⁵ CCNE, Avis n° 49, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, *op. cit.*, p. 11.

non à la question du handicap, l'explique en partie. Il est vrai que quatre ans après la loi de 2001, la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁴²⁸⁶ renforce les droits de ces dernières⁴²⁸⁷. Cependant, outre le fait que « beaucoup de chemin [reste] à parcourir »⁴²⁸⁸, cette loi n'a pas particulièrement approfondi la question de sexualité, de la procréation ou de la parentalité des personnes handicapées mentales. Qui plus est, cela ne change rien au fait que, en 2001, la loi autorise la stérilisation des handicapés mentaux sans, en parallèle, renforcer l'accompagnement quotidien des personnes incapables. Il s'agit d'une disposition pensée comme une mesure de santé publique - comme l'indique son inscription dans le Code du même nom - et non d'une mesure d'aide aux personnes handicapées⁴²⁸⁹. Or, penser la stérilisation des majeurs incapables sous l'angle de la santé publique et non des droits fondamentaux soulève, on le sait, des interrogations sur le potentiel eugénique de ces mesures, puisqu'il s'agit, au moins en partie, d'appréhender cette question sous l'angle du *faire vivre* et du *maintien de la population* et non sous l'angle de la protection *individuelle* des personnes⁴²⁹⁰.

1415. Pourtant, des études indiquent qu'un grand nombre de handicaps mentaux sont liés à la précarité sociale dans laquelle se trouvent les personnes qui en sont atteintes⁴²⁹¹. Par ailleurs, il est établi qu'une aide humaine permet d'aider considérablement les personnes handicapées, le cas échéant, dans leur rôle de parent⁴²⁹². En effet, les analyses sur lesquelles se fondent les jugements relatifs à l'incapacité parentale des personnes handicapées mentales sont de plus en plus critiquées⁴²⁹³. Des études récentes, nord-américaines, montrent au contraire que la capacité parentale des personnes handicapées peut être considérablement améliorée lorsqu'elles font l'objet d'un accompagnement adapté⁴²⁹⁴. De manière générale, certains travaux d'enquête en sociologie révèlent une attitude assez hostile et impatiente des éducateurs à l'égard des personnes handicapées qui ne remplissent pas les critères classiques de la *bonne parenté*⁴²⁹⁵. Cette attitude est génératrice de

⁴²⁸⁶ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁴²⁸⁷ Voir notamment, Conseil national consultatif des personnes handicapées (CNCPH), *Avis sur le rapport du Gouvernement au Parlement sur la politique du handicap*, séance du 22 février 2012.

⁴²⁸⁸ GREVIN A., « Procédures et législation face au handicap », *Journal des anthropologues*, n° 122-123, 2010, p. 229.

⁴²⁸⁹ GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *op. cit.*, p. 170 : Or, « il est nécessaire [...] de s'interroger [...] aussi sur les valeurs impliquées dans les programmes d'intervention puisque la promotion de la santé, comme l'ensemble de la santé publique, est fondamentalement une entreprise normative ».

⁴²⁹⁰ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴²⁹¹ IGAS, *Les liens entre handicap et pauvreté : les difficultés dans l'accès aux droits et aux ressources*, novembre 2014 ; EHESS, *Quelles articulations, quelles convergences entre précarité et handicap en France et en Europe ?*, 2010.

⁴²⁹² COPPIN B., « Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités », *op. cit.*, p. 88 ; DISERENS C.A., VATRE F., « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *op. cit.*, p. 206.

⁴²⁹³ COPPIN B., « Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités », *op. cit.*, p. 89.

⁴²⁹⁴ GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *op. cit.*, p. 176. Selon l'auteure, ces études sont seulement réalisées sur les familles qui présentent des problèmes, ce qui fausse l'analyse.

⁴²⁹⁵ GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *op. cit.*, p. 177 ; COPPIN B., « Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités », *op. cit.*, p. 92 mentionne un phénomène

beaucoup de stress pour les femmes handicapées. Il est dès lors difficile de savoir dans quelle mesure elles sont réellement inaptes à s'occuper de leur enfant. Il faudrait, en outre, que soient comparées les difficultés rencontrées par les enfants dont les parents sont considérés comme des handicapés mentaux à celles des enfants qui se trouvent dans une grande précarité ou dont les parents ont eux-mêmes été victimes d'abus dans leur jeune âge. Cela permettrait de déterminer si c'est réellement le handicap ou la précarité financière ou affective qui explique les difficultés rencontrées par les familles⁴²⁹⁶.

1416. Même si ces différents éléments ne sont pas strictement juridiques, ils doivent être mentionnés car le dispositif législatif de stérilisation ne peut pas être appréhendé *in abstracto*, indépendamment du contexte social et politique dans lequel il est autorisé. Or, c'est bien parce qu'il est légalisé dans un contexte social qui favorise davantage la normalisation de la parenté que l'acceptation du handicap que le dispositif de stérilisation n'en est que plus problématique⁴²⁹⁷.

1417. En tout état de cause, la possibilité instaurée par la loi d'autoriser la stérilisation d'une personne incapable, sans son consentement exprès, en l'absence de toute mesure parallèle pour améliorer l'accompagnement des parents handicapés amène à s'interroger sur le point de savoir si, face aux difficultés incontestables que soulève la parenté des personnes handicapées, les ordres juridiques n'auraient pas finalement fait le « choix de la facilité »⁴²⁹⁸ en faisant primer la normalisation de la parenté sur le respect de leur intégrité physique. Ainsi,

*« il n'est pas question de sous-estimer l'extrême difficulté des situations dans lesquelles se trouvent aussi bien les parents d'enfants handicapés, craignant d'avoir totalement à leur charge un petit-enfant (handicapé ou non, du reste) que les directeurs d'établissements spécialisés ayant du mal à contrôler la sexualité des personnes qui leur sont confiées ; de là à prendre une loi aussi attentatoire aux libertés individuelles les plus élémentaires, le tout sous couvert de favoriser la liberté sexuelle des personnes concernées, il y avait quand même un immense pas »*⁴²⁹⁹.

1418. Cela étant, la parenté des personnes handicapées mentales n'est pas la seule parenté que le droit français *normalise* par le biais du mécanisme de la stérilisation quasi-directe. On peut en effet apposer le même prisme analytique sur la parenté trans. On met alors en évidence le fait que, si les

« d'hypernormalisation. Tout se passe comme si, parce qu'il y a des difficultés potentielles (effet d'attente), le niveau d'exigence devait être supérieur. Cela crée un effet de stress sur les personnes observées et renforce les difficultés potentielles ». En ce sens, GAMI A., LAVIGNE A., « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le consentement libre et éclairé », *op. cit.*, p. 41.

⁴²⁹⁶ GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *op. cit.*, p. 178 ; COPPIN B., « Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités », *op. cit.*, p. 89 ; DIEDERICH N., « Droit à la procréation ou sélection humaine », *in* DIEDERICH N., *Stériliser le handicap*, *op. cit.*, p. 12.

⁴²⁹⁷ En ce sens, MOYSE D., *Bien naître, bien être, bien mourir, Propos sur l'eugénisme et l'euthanasie*, *op. cit.*, p. 28 : « L'intériorisation des principes de la sélection des naissances rendent tout programme eugéniste inutile ».

⁴²⁹⁸ Sur ce point, voir notamment, les solutions proposées par GRUSON C., « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *op. cit.*, p. 167 et suivantes ; COPPIN B., « Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités », *op. cit.*, p. 89.

⁴²⁹⁹ BELLIVIER F., ROCHFELD J., « La législation française en matière de droit privé », *op. cit.*, p. 977.

finalités de ces normalisations diffèrent sur certains points - l'une étant mise en œuvre à l'aune d'une certaine conception de la normalité, l'autre à l'aune des normes de genre - de nombreuses similitudes peuvent être observées entre nombre de règles juridiques qui participent d'une même logique profonde : *normaliser* la parenté à l'aune d'une certaine conception du *bon* parent par le biais d'une procédure de stérilisation quasi-directe pourtant potentiellement attentatoire aux droits fondamentaux des individus.

Section 2. La normalisation de la parenté des personnes trans

1419. Le prolongement de l'analyse se fonde cette fois sur l'hypothèse selon laquelle les droits allemand et français mettent en œuvre des processus de normalisation de la parenté trans, c'est-à-dire des personnes ayant une identité de genre qui ne correspond pas à leur sexe de naissance⁴³⁰⁰. Il ressort de l'analyse que les ordres juridiques s'assurent par ce biais que *zoe* n'advient pas lorsque ses procréateurs, longtemps considérés par le droit comme atteints d'une pathologie mentale, continuent de défier les normes de genre qui trouvent un puissant écho dans les règles du droit civil et de l'identification des personnes. Certes, ce terrain est particulièrement mouvant tant en France qu'en Allemagne. Jusqu'au début du 21^{ème} siècle (*i.e.* avant les années 2010), la normalisation de la parenté trans était principalement mise en œuvre par le biais d'une *stérilisation* des personnes trans, que l'on pourrait à nouveau qualifier de *quasi-directe* en ce qu'elle n'était, ni pleinement imposée, ni pleinement choisie. En effet, l'obtention d'un changement de sexe de la personne à l'état civil était conditionnée par l'ablation des organes génitaux, qui entraînait automatiquement la suppression des capacités reproductives de la personne. Or, il importe de montrer que cette exigence n'était pas seulement la conséquence de la demande de changement de sexe formulée par les personnes trans - qui, dans un certain nombre de cas, souhaitaient effectivement la pleine conformation de leurs organes sexuels à leur nouveau genre et, partant, la suppression de leurs anciens organes reproducteurs. Elle s'expliquait également par une volonté de maintenir et d'exprimer juridiquement un ordre procréatif au sein duquel les hommes ne sauraient devenir mères et les femmes pères. C'est ainsi en grande partie la crainte de tels bouleversements qui justifiaient la normalisation de la parenté trans par des mécanismes de stérilisation quasi-directe (**sous-section 1**). Le fait que cette exigence de stérilisation ne puisse s'expliquer par la seule demande des personnes trans elles-mêmes trouve d'ailleurs une preuve supplémentaire dans le fait que, avec une visibilité toujours plus grande depuis les années 2000, des voix discordantes se font entendre au sein des mouvements trans, sur ce point précis⁴³⁰¹. Ce n'est plus tant le droit au changement de sexe qui est revendiqué, que le droit au respect de la vie privée duquel découlerait le droit à une identité de genre. Face à la montée en puissance de ces contestations au nom du droit au respect de l'identité de genre, les ordres juridiques français et allemand suppriment cette condition. On assiste à une transformation des modalités de mise en œuvre de la normalisation, paradigmatique des nouveaux modes de gestion biopolitiques de la procréation. Une fois de plus, la

⁴³⁰⁰ Conseil de l'Europe, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, 2011, p. 143.

⁴³⁰¹ Voir notamment, la directive de la Chambre fédérale allemande de 2015, qui prend en compte cette hétérogénéité : BÄK, *Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung*, *Deutsches Ärzteblatt*, 30 janvier 2015.

montée en puissance du paradigme des droits fondamentaux affaiblit le champ d'action du biopouvoir. Il sera alors donné à voir que la normalisation passe par d'autres modalités d'actions, davantage fondées sur des techniques de désincitation que sur la mise en œuvre de processus directement attentatoires aux droits fondamentaux des individus (**sous-section 2**).

Sous-section 1. L'autorisation de la stérilisation avant les années 2010⁴³⁰²

1420. Si les ordres juridiques admettent, sous l'influence du droit des droits de l'homme, la modification de l'état civil des personnes trans, c'est parce que le transsexualisme est appréhendé en France et en Allemagne comme une maladie qu'il convient de soigner⁴³⁰³. Le changement de sexe à l'état civil n'est autorisé, avant les réformes récentes, qu'à de strictes conditions - parmi lesquelles, notamment, celle de l'ablation des organes génitaux de la personne trans. Historiquement, la stérilisation de la personne trans conditionnait ainsi son changement d'état civil (**I**). Cette exigence peut être lue comme participant d'un processus de normalisation *quasi-directe* de la parenté des personnes trans, à l'aune d'une certaine conception du genre et de la santé mentale des personnes (**II**).

I. La légalité de la stérilisation des personnes trans

1421. En France et en Allemagne, les ordres juridiques n'autorisaient le changement de sexe à l'état civil des personnes trans qu'au prix de sa pathologisation⁴³⁰⁴ et non en vertu d'un éventuel droit à l'identité de genre ; ils conditionnaient notamment ce changement à la stérilisation de la personne trans (**A**). C'est la pathologisation du syndrome trans qui justifiait, sur le plan pénal, de telles opérations (**B**).

⁴³⁰² La sous-section 1 analyse la période de 1992 à 2016 en France et de 1980 à 2011 en Allemagne.

⁴³⁰³ En ce sens, MÉMETEAU G., « Transsexualisme et débat de société », *Médecine et droit*, 2007, p. 146.

⁴³⁰⁴ Voir notamment, BRANLARD J.P., *Le sexe et l'état des personnes - aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993.

A. Le changement de sexe à l'état civil conditionné par la stérilisation

1422. En France et en Allemagne, le droit n'autorisait le changement de sexe d'une personne à l'état civil (1) qu'à de strictes conditions et notamment à celle de sa stérilisation (2).

1. Les strictes conditions du changement de sexe à l'état civil

1423. En France, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴³⁰⁵, la Cour de cassation modifie sa jurisprudence en 1992⁴³⁰⁶ et admet la modification de la mention du sexe à l'état civil à cinq conditions : le transsexualisme doit avoir été médicalement reconnu ; cette reconnaissance doit être attestée par le biais d'une expertise judiciaire ; la personne ne doit plus posséder les caractères de son sexe d'origine (c'est-à-dire qu'une opération de réassignation sexuelle doit avoir été réalisée)⁴³⁰⁷ ; la personne doit avoir l'apparence physique du sexe revendiqué et la personne doit avoir le comportement social du sexe revendiqué. En Allemagne, la Cour constitutionnelle considère en 1978 que « l'article 2 alinéa 1 en relation avec l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale impose de corriger la mention du sexe masculin d'un transsexuel dans les registres d'état civil, s'il s'agit - au regard des connaissances médicales - d'un cas irréversible de transsexualisme et qu'une opération de conversion sexuelle a été réalisée »⁴³⁰⁸. En 1980, sous l'impulsion de cette jurisprudence, le législateur allemand édicte une loi sur la modification du prénom et la constatation de l'appartenance sexuelle dans certains cas spécifiques⁴³⁰⁹. Elle est structurée en deux parties. La première est relative à la modification du prénom⁴³¹⁰, et la seconde au changement de sexe à l'état civil⁴³¹¹. La loi permet au juge d'autoriser une personne à modifier le sexe de son état civil à quatre conditions : elle doit souffrir de sa tendance transsexuelle depuis au moins trois ans ; elle ne doit pas être mariée ; elle

⁴³⁰⁵ CEDH, *B. contre France*, 23 mars 1992, n° 1802091 ; note Garé, *La semaine juridique - Édition générale*, II, p. 21955. Voir notamment, LOMBOIS C., « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 1992, p. 323 ; RUBELLIN-DEVICHI J., « Droit de la famille », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 25, 17 juin 1992.

⁴³⁰⁶ CC, assemblée plénière, 11 décembre 1992, n° 9111900 ; CC, assemblée plénière, 11 décembre 1992, n° 9112373 ; voir notamment, MÉMETEAU G., « État civil », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 5, 3 février 1993, II, p. 21991 ; HAUSER J., « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent », *RTD civ.*, 1993, p. 97.

⁴³⁰⁷ Voir aussi, CC, 1^{ère} chambre civile, 7 juin 2012, n° 1122490 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 7 juin 2012, n° 1026947.

⁴³⁰⁸ BVerfG, 11 octobre 1978 - BVerfGE 49, 286, considérant 1, §50 : « L'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale protège la dignité des personnes, dans la manière dont elle appréhende son individualité et dont elle prend conscience de son être. Cela suppose que la personne puisse disposer d'elle-même et déterminer de manière responsable son destin. L'article 2 alinéa 1 en relation avec l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale garantit le libre épanouissement des capacités et des forces dont dispose une personne. La dignité humaine et le droit fondamental au libre épanouissement de sa personnalité imposent, dès lors, de rattacher l'état civil d'une personne à celui qui correspond à son état psychique et physique ».

⁴³⁰⁹ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (TSG) - Loi sur la modification du prénom et le constat d'appartenance sexuelle dans certains cas particuliers, 10 septembre 1980, Bundesgesetzblatt, 1980, Teil I, p. 1654.

⁴³¹⁰ La première procédure est appelée, en Allemagne, la « petite solution » (die « kleine Lösung »).

⁴³¹¹ La seconde procédure est appelée, en Allemagne, la « grande solution » (die « grosse Lösung »).

doit être irréversiblement incapable de procréer et elle doit s'être soumise à une procédure chirurgicale qui lui donne l'apparence du sexe revendiqué.

1424. C'est bien, dans les deux cas, la logique des droits de l'homme qui est venue concurrencer l'approche classique qui prévalait jusque-là dans l'ordre juridique. En France, la Cour de cassation abandonne en décembre 1992 la référence au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (qui gouvernait sa jurisprudence antérieure sur cette question) et se positionne, comme la Cour de Strasbourg, sur le terrain du droit au respect de la vie privée. En Allemagne, c'est la référence aux droits fondamentaux qui structure l'intervention du juge constitutionnel en 1978. L'idée d'un contrôle monopolistique de l'État sur le sexe comme élément de l'état civil est remise en cause ; il tombe dans la sphère d'influence, sinon de décision, de la volonté individuelle.

1425. Dans les deux pays, l'autorisation du changement de sexe à l'état civil n'est toutefois pensée que comme une concession faite, pour des motifs thérapeutiques, aux personnes trans considérées comme souffrant d'une affection mentale. Les ordres juridiques soumettent d'ailleurs cette procédure de changement de sexe à de strictes conditions.

2. La stérilisation comme condition du changement de sexe à l'état civil

1426. Parmi ces conditions, la France et l'Allemagne imposent notamment que la personne ne soit plus apte à procréer ; sans cela, la modification de l'état civil ne saurait être envisagée. En Allemagne, la condition est expressément prévue par le §8 alinéa 1 de la loi de 1980 qui dispose que « [...] le changement de sexe doit être prononcé par le juge si [...] la personne [...] est irréversiblement incapable de procréer »⁴³¹². En France, en revanche, la condition de stérilisation se déduit notamment des arrêts de 1992⁴³¹³ et de 2012⁴³¹⁴ de la Cour de cassation sur le changement de sexe des personnes trans.

1427. Lorsqu'elle définit le cadre au sein duquel il convient d'examiner les demandes de modification du sexe à l'état civil par son arrêt de décembre 1992, la Cour de cassation exige que la personne ait subi au préalable un traitement médico-chirurgical et qu'elle « ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine ». Ces deux conditions cumulées suggèrent que la personne doit avoir accepté une procédure de réassignation sexuelle⁴³¹⁵. Une circulaire de 2010 relative aux demandes

⁴³¹² §8 alinéa 1 TSG - Loi sur la modification du prénom et le constat d'appartenance sexuelle dans certains cas particuliers, 10 septembre 1980.

⁴³¹³ CC, 11 décembre 1992, n° 9111900.

⁴³¹⁴ CC, 1^{ère} chambre civile, 7 juin 2012, n° 1122490.

⁴³¹⁵ LE GAG-PECH S., « Sexe, preuve et vérité », *LPA*, 26 septembre 2012, n° 193, p. 5 ; MATTUSSI J., *L'apparence de la personne physique - pour la reconnaissance d'une liberté, op. cit.*, p. 321.

de changement de sexe précise d'ailleurs que « *la notion de traitement médico-chirurgical visée par cette décision a été entendue comme exigeant l'ablation des organes génitaux d'origine et leur remplacement par des organes génitaux artificiels du sexe revendiqué (opération de réassignation sexuelle)* »⁴³¹⁶. Or, au regard du protocole médical établi en 1989⁴³¹⁷, la réassignation sexuelle entraîne une stérilisation définitive puisqu'elle implique la suppression de l'utérus ou l'ablation de la verge⁴³¹⁸. En exigeant une opération chirurgicale - un traitement médico-chirurgical -, la Cour impose donc la stérilisation.

1428. Deux décennies après cette première décision, en 2012, la Cour de cassation explicite à nouveau les conditions relatives à la modification de l'état civil⁴³¹⁹ et réitère à cette occasion l'exigence de stérilité. Dans deux arrêts du 7 juin 2012, elle juge en effet que « *pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* »⁴³²⁰. Ici, le caractère irréversible de la transformation de son apparence se substitue à l'exigence de traitement médico-chirurgical. Mais l'exigence de stérilisation persiste indirectement. En effet, bien que l'arrêt ne soit pas très explicite sur ce point, l'irréversibilité de la transformation semble appréhendée par la Cour comme supposant une ablation des organes sexuels. Pour preuve, elle refuse dans les deux affaires soumises à son contrôle d'admettre la modification de l'état civil alors même que les deux requérants présentaient des certificats prouvant la transformation irréversible de leur apparence⁴³²¹. Le fait que la Cour de cassation juge ces certificats lapidaires permet alors de supposer que ces certificats n'attestaient pas de l'ablation des organes génitaux ou de la stérilité définitive des requérants⁴³²². Partant, la jurisprudence de 2012 confirme l'obligation de stérilisation des trans⁴³²³.

⁴³¹⁶ Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, 14 mai 2010. Voir également FERRIE S.M., « État civil - Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », *Droit de la famille*, n° 7, 7 juillet 2017, étude 10; FORTIER C., BRUNET L., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 108.

⁴³¹⁷ En ce sens, voir, CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 452.

⁴³¹⁸ Le traitement de conversion sexuelle des personnes trans pouvant comprendre à la fois la réassignation sexuelle, c'est-à-dire la conformation des organes sexuels - *via* l'ablation et la reconstruction de ces organes - l'hormonothérapie et divers autres traitements, tels qu'une opération des cordes vocales et des épilations au laser.

⁴³¹⁹ Voir notamment, SARCELET J.D., « L'exigence de la preuve de la réalité du syndrome transsexuel : le caractère irréversible de la transformation de l'apparence sexuée », *Gazette du Palais*, 21 juin 2012, n° 173, p. 8.

⁴³²⁰ CC, 1^{ère} chambre civile, 7 juin 2012, n° 1122490; CC, 1^{ère} chambre civile, 7 juin 2012, n° 1026947 : « *Qu'après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits, et relevé, d'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention, d'autre part, que M. X... opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance; que le moyen n'est pas fondé* ». Cette jurisprudence est confirmée par CC, 1^{ère} chambre civile, 13 février 2013, n° 1211949; n° 1114515.

⁴³²¹ Dans le même sens, CC, 1^{ère} chambre civile, 13 février 2013, n° 1211949; n° 1114515.

⁴³²² BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil. Les attermolements du droit français », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, Aix-Marseille, Presses universitaires de Provence, 2014, p. 135; PARICARD S., « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ Famille*, 2016, p. 585.

Le Défenseur des droits précise du reste, dans une décision-cadre de 2016, qu'il existe un « *consensus - relatif - sur le fait que la notion d'irréversibilité implique la perte de fertilité* »⁴³²⁴. Le TGI de Montpellier énonce, en ce sens, en 2016 que « *le traitement hormonal [...] peut entraîner le caractère irréversible de la transformation exigée par la jurisprudence s'il entraîne une impossibilité définitive de procréer dans son sexe d'origine* »⁴³²⁵. Comme le souligne François VIALLA, « *l'irréversibilité nécessite donc la preuve que la personne est définitivement inapte à la reproduction* »⁴³²⁶ et donc qu'elle est, *de facto*, inapte à procréer⁴³²⁷.

1429. Ainsi, en France et en Allemagne, « *les personnes qui veulent changer juridiquement de genre le payeront donc de leur fécondité* »⁴³²⁸. Cela étant, ce « prix à payer » n'est pas pénalement répréhensible en raison notamment de l'ancrage thérapeutique dans lequel s'inscrit le transsexualisme.

B. Une stérilisation juridiquement conditionnée par un objectif thérapeutique

1430. En France et en Allemagne, la transsexualité est appréhendée comme une maladie. Dès lors, les opérations jugées nécessaires à son traitement, à l'instar notamment de l'ablation des organes sexuels qui conduit à la stérilisation des personnes trans, sont réputées poursuivre un but thérapeutique. Elles sont donc justifiées sur le plan pénal en France (1) et en Allemagne (2).

1. L'article 16-3 du Code civil français

1431. L'article 16-3 du Code civil dispose qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Il pose donc deux conditions à la réalisation légale d'une atteinte à l'intégrité physique : le consentement et le but thérapeutique de l'acte. En ce

⁴³²³ Voir aussi, PARICARD S., « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? », *RDH*, 8, 2015, §10 ; POURE V., « Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? », *UNAF*, 2013/1, n° 10 p. 176 ; MARAIS A., « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 45, 7 novembre 2016, p. 1164 ; MORON-PUECH B., « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2016 ; GOBERT M., « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 25, 19 juin 2017, p. 716.

⁴³²⁴ Défenseur des droits, décision n° MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 5. Contra : DIMITROV L., « La stérilité comme condition du changement de sexe en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 23 juin 2015, n° 174, p. 44.

⁴³²⁵ TGI Montpellier, 24 mars 2016, n° 1503425.

⁴³²⁶ VIALLA F., « Transidentité : Quid novi? Nihil, fere nihil, minus nihilo », *LPA*, 29 juillet 2016, n° 151.

⁴³²⁷ *Ibid.*

⁴³²⁸ REIGNÉ P., « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 17, 25 avril 2011, p. 480. Voir également BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil. Les attermoissements du droit français », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre, op. cit.*, p. 135 ; FORTIER C., BRUNET L., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité » in GALLUS N., *Droits des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, 2012, p. 111.

qui concerne le consentement, ce dernier est *a priori* formellement recueilli avant l'opération. Quant à la nécessité médicale de l'opération, elle est également caractérisée puisque le droit appréhende le transsexualisme comme une maladie⁴³²⁹ de manière claire, en tous cas, jusqu'en 2010⁴³³⁰. Il reprend ainsi la qualification faite dans un premier temps par la sphère médicale. Comme le souligne Marie Xavière CATTO⁴³³¹, le transsexualisme y est perçu comme un « *délire* »⁴³³², une « *perversion* »⁴³³³, une « *conversion hystérique* »⁴³³⁴, une « *annulation obsessionnelle* »⁴³³⁵, une « *négation psychotique de la réalité* »⁴³³⁶, une « *tare nerveuse* »⁴³³⁷ ; en somme une maladie mentale qui peut conduire l'individu à réaliser lui-même la mutilation ou à se donner la mort⁴³³⁸. Les juges et la doctrine reprennent ensuite cette qualification médicale. En 1992, la Cour de cassation conditionne la modification de l'état civil à la réalisation « *d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique [par] une personne présentant le syndrome du transsexualisme* »⁴³³⁹ ; insistant sur l'importance de « *la réalité du syndrome transsexuel* »⁴³⁴⁰. La doctrine considère, quant à elle, que le transsexualisme est un « *syndrome* »⁴³⁴¹, une « *maladie mentale* »⁴³⁴². Par ailleurs, jusqu'en 2010, le transsexualisme est considéré comme une affection psychiatrique de longue durée par l'ALD 23 annexée à l'article D322-1 CSS. Dans un premier temps, le transsexualisme est donc juridiquement considéré comme une maladie mentale⁴³⁴³. En 2010, le décret du 8 février portant modification de l'annexe figurant à l'article D322-1 du Code de

⁴³²⁹ CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 448. Voir aussi, pour une perspective comparée, BRANLARD J.P., *Le sexe et l'état des personnes - aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, p. 432.

⁴³³⁰ Voir en ce sens, CA Agen, 2 février 1983 ; TGI Nanterre, 21 avril 1983 ; TGI Paris, 16 novembre 1982 ; TGI Paris, 7 décembre 1982 ; CA, Paris 10 avril 1986, n° 023211 ; CA Agen, 24 juin 1987, n° 044463, TGI Paris, 2 décembre 1986, n° 044713.

⁴³³¹ CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 450.

⁴³³² CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990 ; note Penneau, *JCP*, 1991, II, p. 21720. Voir aussi BRANLARD J.P., *Le sexe et l'état des personnes - aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, p. 426.

⁴³³³ DECOURT J., « Notions nouvelles apportées aux problèmes de psychologie sexuelle par l'étude des états intersexuels », *La Revue du praticien*, 1961, Tome 4, n° 7, p. 720

⁴³³⁴ ISRAËL L., GEISSMANN G., « Le désir de changer de sexe chez les invertis psychosexuels », *Cahiers de psychiatrie*, juin 1960, 14, p. 113 cité par CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 450.

⁴³³⁵ *Ibid.*

⁴³³⁶ *Ibid.*

⁴³³⁷ VAGUE J., « Le désir de changer de sexe. Forme épidémique actuelle d'un mal ancien », *La Presse médicale*, 1956, Vol. 64, n° 41, p. 950 cité par CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, op. cit., p. 450.

⁴³³⁸ TGI Paris, 24 novembre 1981 ; note Penneau, *JCP G*, 1982 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 16 décembre 1975, n° 374 et n° 376, *JCP G*, 1976, II, p. 18503 ; PETIT J., « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *RTDcin*, 1976, p. 267 ; LIHOSSIER L., « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culture et juridique », *Dalloz*, 1981, p. 139 ; RASSAT M.L., « Sexe, médecine et droit », *Mélanges Pierre Raynaud*, 1985, p. 657.

⁴³³⁹ CC, assemblée plénière, 11 décembre 1992, n° 9111900.

⁴³⁴⁰ *Ibid.*

⁴³⁴¹ VIALLA F., « État civil - Du sexe au genre ? », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 6, 6 février 2012, p. 122. L'auteur parle de « *logique de pathologisation exacerbée* ». Voir aussi, RUBELLIN-DEVICHI J., « Introduction » in DIAMANT BERGER H. (dir.), *Le transsexualisme, Droit et éthique médicale*, Volume 1, 1983, p. 17.

⁴³⁴² BINET J.R., *Droit médical*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 145.

⁴³⁴³ Voir notamment, BRANLARD J.P., *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993.

la Sécurité sociale (relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée) retire cependant le transsexualisme de la liste des affections psychiatriques⁴³⁴⁴. Cette dépsychiatriation est alors perçue par certains auteurs comme « *un premier pas vers la reconnaissance en droit français d'un droit à l'autodétermination sexuelle* »⁴³⁴⁵. Toutefois, outre le fait qu'il persiste dans la classification internationale des maladies fixée par l'Organisation mondiale de la santé comme « *trouble mental* »⁴³⁴⁶, le transsexualisme reste malgré tout une « *affection grave caractérisée* »⁴³⁴⁷. Plus encore, en 2012, la Cour de cassation rappelle que « *pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel* »⁴³⁴⁸. Le transsexualisme n'est donc pas pleinement dépathologisé en France en 2010⁴³⁴⁹. L'accès au parcours de soin puis au changement d'état civil reste conditionné par le constat du syndrome transsexuel, appréhendé comme un trouble mental⁴³⁵⁰. Le transsexualisme étant une maladie, les opérations réalisées dans ce cadre sont justifiées au regard de l'article 16-3 du Code civil.

2. Le §228 du Code pénal allemand

1432. En Allemagne, le §228 du Code pénal dispose que « *celui qui porte atteinte à l'intégrité d'une personne avec son consentement n'agit illégalement que si l'acte est contraire aux bonnes mœurs* ». Par conséquent, une atteinte à l'intégrité physique est jugée légale si elle est consentie et ne porte pas atteinte aux bonnes mœurs⁴³⁵¹. En l'occurrence, les opérations de réassignation sexuelle sont formellement consenties et il est possible de considérer que leur caractère thérapeutique les empêche d'être considérées comme des actes contraires aux bonnes mœurs.

⁴³⁴⁴ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D322-1 du Code de la Sécurité sociale, JO, n° 34 du 10 février 2010. Voir notamment CORMEIL RAOUL G., « La reconnaissance de l'identité de la personne transsexuelle », *EDFP*, 15 juin 2010, n° 06, p. 5.

⁴³⁴⁵ ROMAN D., « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? », *Constitutions*, 2010, p. 79.

⁴³⁴⁶ OMS, Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes, Dixième Révision 1992 (CIM-10). Voir sur ce point, FORTIER C., BRUNET L., « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 83.

⁴³⁴⁷ Voir l'ADL 31 et l'article 322-3 alinéa 4 CSS. Voir aussi, BENOS C., « Les conséquences juridiques du traitement du transsexualisme », in DEFFAINS N., PY B., *Le sexe et la norme*, Nancy, Presse universitaire de Nancy, 2010, p. 277.

⁴³⁴⁸ CC, 1^{ère} chambre civile, 7 juin 2012, n° 1122490 ; CC, 1^{ère} chambre civile, 7 juin 2012, n° 1026947. Voir également TGI Bordeaux, 16 septembre 1985, n° 044382. Le juge parle de personnes « *anormales* ».

⁴³⁴⁹ MORON-PUECH B., *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de droit privé, Banque des mémoires de l'Université Panthéon Assas, 2010, p. 90 ; FORTIER C., BRUNET L., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 107 ; ROMAN D., « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison-publique*, 15 mai 2012.

⁴³⁵⁰ ROMAN D., « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *op. cit.*

⁴³⁵¹ §228 StGB.

1433. La qualification du transsexualisme en tant que maladie n'est toutefois pas aussi claire qu'en France. Le transsexualisme est défini par la loi comme une « Prägung », c'est-à-dire comme une « empreinte » ou une « imprégnation ». Ces termes désignent, en psychologie, la « *mise en place définitive, d'un lien entre un déclencheur extérieur et un comportement [...], qui n'est pas commandée par un déterminisme biologique spécifique mais par des circonstances* »⁴³⁵². Le juge social, amené à se prononcer sur des demandes de prise en charge de conversion sexuelle, considère, quant à lui, que la qualification doit être réalisée au cas par cas⁴³⁵³. Ainsi, dans un arrêt de 1987, la Cour sociale fédérale déclare qu'« *il est nécessaire d'examiner, au cas par cas, si la personne qui souhaite changer de sexe souffre, en raison de son transsexualisme, de manière si forte que cela peut être qualifié de maladie et être résolu par une prise en charge médicale* »⁴³⁵⁴. Cette jurisprudence est confirmée en 1993, lorsque la Cour sociale fédérale déclare qu'en matière de transsexualisme,

*« il existe une tension interne entre le sexe physique et l'identification psychique avec l'autre sexe. Cette tension peut mener à de grandes souffrances, de telle sorte que le transsexualisme peut être appréhendé dans certains cas comme une maladie à prendre en charge au sens du droit de la sécurité sociale [...]. Les caisses d'assurance maladie ne prennent en charge les opérations de conversion sexuelle que lorsque des moyens psychiatriques ou psychothérapeutiques ne peuvent permettre d'apaiser ou de soigner ces tensions. L'opération de conversion sexuelle n'est prise en charge que dans des cas exceptionnels où elle est la seule possibilité pour aider la personne ».*⁴³⁵⁵ La Cour estime que ce n'est pas le cas en l'espèce.

1434. Depuis, les juges du fond procèdent, sous le contrôle de la CEDH⁴³⁵⁶, à un examen au cas par cas de la situation et admettent la prise en charge dès lors que le traitement fait l'objet d'une indication médicale⁴³⁵⁷ qui doit être prouvée par le requérant. Certains juges admettent, par exemple, la prise en charge de l'épilation du visage et du cou⁴³⁵⁸. Par ailleurs, une partie de la doctrine considère historiquement qu'il s'agit d'une maladie psychiatrique⁴³⁵⁹. En outre, comme en France à la même époque, l'accès à la procédure de conversion sexuelle qui conditionne la modification de l'état civil est lui-même conditionné par un avis du corps médical et une expertise

⁴³⁵² Ce terme est utilisé par LORENZ K., *Évolution et modification du comportement*, Paris, Éditions Payot.

⁴³⁵³ Il semble que les services médicaux des caisses d'assurance maladie se réfèrent, quant à eux, pour déterminer les traitements susceptibles d'être qualifiés de thérapeutiques, à la directive de 2001 édictée par l'association internationale sur la dysphorie du genre de Harry Benjamin (Standards of Care for Gender Identity Disorders) et à la directive de 1997 sur le traitement et l'évaluation des trans de la société allemande pour la recherche sexuelle, de l'académie allemande de médecine sexuelle et de la société pour les sciences sexuelles (Standards der Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen), ainsi qu'à l'expertise réalisée en 2009 par le service médical de l'organisation centrale fédérale des caisses d'assurances maladie.

⁴³⁵⁴ BSG, 6 août 1987, 3RK/15/86, §10 (jurion). En ce sens, LSG Niedersachsen-Bremen, 23 avril 1986, L 4 Kr 67/83 ; SG Hildesheim, 2 janvier 1980 - S2Kr23/77 ; LSG München, 9 juillet 1986, L4 Kr 118/84 ; LSG Stuttgart, 27 novembre 1981, L4Kr48380

⁴³⁵⁵ BSG, 10 février 1993 - 1 RK 14/92. Voit aussi, plus récemment, BSG, 11 septembre 2012 - B1KR 3/2R.

⁴³⁵⁶ CEDH, *Van Kück contre Allemagne*, 12 juin 2003, n° 3596897. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme impose à l'Allemagne d'assouplir les conditions d'examen de la nécessité médicale du traitement.

⁴³⁵⁷ LG Köln, 17 mars 1993, Az 250, 326/89 ; OLG Köln, 11 avril 1994, Az 5u80/93 ; KG Berlin, 27 janvier 1995, 6u6696/93.

⁴³⁵⁸ SG Düsseldorf, 11 décembre 2007, S4KR 78/97 ; SG Berlin/Brandenburg, 15 mars 2016, Arz S51 KR 2136/13.

⁴³⁵⁹ Voir notamment, SPENGLER A., « Transsexualität - Eine Krankheit is der Rechtsordnung », *NJW*, 1978, p. 1192.

psychiatrique⁴³⁶⁰, en tous cas jusqu'en 2011. Par conséquent, même si le juge social précise que le transsexualisme n'est pas systématiquement considéré comme une pathologie, l'accès à une procédure médicale de conversion sexuelle reste conditionné par la reconnaissance de l'état pathologique de la personne⁴³⁶¹, ce qui justifie sur le plan pénal la réalisation des opérations médicales dans ce cadre.

1435. En France comme en Allemagne, dans un premier temps⁴³⁶², la pathologisation conditionne donc toute la procédure de conversion sexuelle. Cette pathologisation permet de justifier juridiquement la réalisation de ces opérations⁴³⁶³ et notamment l'ablation des organes sexuels qui aurait pourtant pu être assimilée à une mutilation ou à une castration interdite par le droit⁴³⁶⁴. Ainsi, en France, certains médecins militants

« médicalisent une attitude pénalement répréhensible pour modifier le regard porté sur le comportement »⁴³⁶⁵ car « pour légitimer le changement de sexe, il faut pathologiser sa souffrance [...] »⁴³⁶⁶. En effet, « qualifier un état de pathologique a juridiquement un effet immédiat : le transfert d'un problème dans le giron de l'activité médicale et la légalisation de l'atteinte qui sera portée pour y répondre »⁴³⁶⁷.

1436. Cela étant, par ce biais, les ordres juridiques français et allemand permettent la mise en œuvre d'une normalisation des corps procréateurs et, avec eux, de la parenté. Ils assurent ainsi le maintien d'un ordre procréatif au sein duquel les personnes considérées comme psychologiquement déviantes - car remettant en cause les normes de genre - sont empêchées de procréer.

II. Stérilisation et normalisation des corps procréateurs trans

1437. La stérilisation imposée par les ordres juridiques français et allemand peut être qualifiée de *quasi-directe* car, si elle n'est pas directement contrainte, elle n'est pas non plus réellement consentie (A). Une telle qualification permet de mettre en lumière la manière dont le droit français et le droit allemand mettent en œuvre une normalisation de la parenté des personnes trans - empêchées de

⁴³⁶⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 1).

⁴³⁶¹ En 2017, la Cour constitutionnelle allemande considère que l'exigence d'expertise posée par la loi sur le transsexualisme - expertise qui conditionne le droit de changer de prénom ou de sexe à l'état civil - est conforme à la Constitution. Voir BVerfG, 17 octobre 2017, 1 BvR 747/17. Sur ce point, voir le communiqué de presse : « BVerfG : Transsexuelle dürfen Namens- und Personenstandswechsel nicht ohne Gutachten durchführen », n° 2008432.

⁴³⁶² Avant 2011 en Allemagne et avant 2016 en France.

⁴³⁶³ Sur ce point, CORMEIL RAOUL G., « La reconnaissance de l'identité de la personne transsexuelle », *op. cit.*, p. 5; BENOS C., « Les conséquences juridiques du traitement du transsexualisme », in DEFFAINS N., PY B., *Le sexe et la norme*, *op. cit.*, p. 277.

⁴³⁶⁴ Sur ce point, CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 448.

⁴³⁶⁵ *Ibid.*

⁴³⁶⁶ SALAS D., *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994, p. 38.

⁴³⁶⁷ CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 32.

faire vivre car jugées inaptes à produire la *vie bonne* - à l'aune d'une certaine conception de l'ordre du genre et de la santé mentale des personnes qui ne s'y conforment pas (B).

A. L'autorisation d'une stérilisation quasi-directe des personnes trans

1438. La stérilisation des personnes trans n'est pas seulement la conséquence de leur demande de conversion sexuelle. En effet, si au début des années 1980, un certain nombre de personnes trans demandent effectivement l'ablation de leurs organes sexuels, tel n'est plus le cas par la suite⁴³⁶⁸. Partant, il importe d'interroger, tant en France qu'en Allemagne, le caractère réellement *libre* du consentement donné par des personnes qui doivent accepter une opération de réassignation sexuelle totale pour pouvoir changer de sexe à l'état civil (1). Le caractère authentiquement libre et éclairé du consentement recueilli mérite d'autant plus d'être interrogé qu'avant 2001, en France, le droit autorise certes la stérilisation des personnes trans mais refuse celle demandée à des fins contraceptives par des personnes non trans. En effet, les acteurs juridiques estiment qu'il s'agit d'une atteinte trop grave à l'intégrité physique pour pouvoir être librement consentie. Avant 2001, le droit établit ainsi une différence de traitement flagrante entre les personnes trans et non trans. Elle constitue un facteur supplémentaire de mise en lumière du processus de normalisation de la seule parenté des personnes trans qui est à l'œuvre (2).

1. Une stérilisation non librement consentie par les personnes trans

1439. En France et en Allemagne, le consentement donné à l'opération de stérilisation n'est pas parfaitement libre. En effet, s'il est certain qu'au début des années 1990, de nombreuses personnes transsexuelles souhaitent être opérées, les postures individuelles comme collectives ont, sur ce point, considérablement évolué au sein des mouvements trans⁴³⁶⁹. Historiquement, ce sont certainement celles et ceux qui demandaient à être pleinement convertis et souhaitent se conformer totalement au sexe revendiqué⁴³⁷⁰ (ce qu'on a pu appeler les « *vrais transsexuels* »⁴³⁷¹) qui ont acquis une grande visibilité et interrogé le traitement juridique qui leur était réservé. S'il n'y a

⁴³⁶⁸ Voir notamment, ESPINEIRA K., « La médiatisation des politiques transgenres : du statut de contre-public à l'inégalité de la représentation », *Recherches au féminin aux Sciences de l'information et de la communication*, 4/2014 : « Il existe deux courants distincts et parfois en conflit au sein des politiques trans. Le premier plaide pour l'intégration tandis que le second refuse ouvertement de s'inscrire dans les rapports sexe/genre. »

⁴³⁶⁹ BRUNET L., FORTIER C., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », in GALLUS N., ADAM C., BORRILLO D. (dir.), *Droit des familles, Genre et sexualité*, *op. cit.*, p. 70 ; voir également REIGNÉ P., « Sexe, genre et état des personnes », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 42, 17 octobre 2011, p. 1886.

⁴³⁷⁰ VIALLA F., « Transidentité : Quid novi ? Nihil, fere nihil, minus nihilo », *op. cit.*

⁴³⁷¹ Voir notamment, HÉRAULT L., « La gestion médicale de la parenté trans en France », *Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine*, 23/2015, p. 172.

pas de raison de penser que les personnes trans souhaitant se soumettre à des opérations de conversion sexuelle y ont pleinement consenti, l'évolution des revendications trans amène aujourd'hui à interroger le poids de l'exigence formelle de consentement. Progressivement, en effet, et à la faveur de la consécration progressive de la notion d'identité de genre⁴³⁷², les trans peuvent revendiquer non seulement de choisir librement le rattachement à la catégorie des hommes ou des femmes, mais également de renoncer à une éventuelle catégorisation⁴³⁷³. En outre, pour ceux qui souhaitent malgré tout être « catégorisés », la chirurgie n'apparaît pas toujours comme une solution pour qu'ils se sentent appartenir au sexe revendiqué. De plus en plus de personnes trans commencent ainsi à revendiquer le droit de modifier leur état civil sans procéder à une opération de réassignation sexuelle⁴³⁷⁴. Dans ces conditions, on comprend que le consentement qu'ils donnent par hypothèse à la procédure de réassignation sexuelle n'est pas réellement libre⁴³⁷⁵, mais guidé essentiellement par le fait qu'il s'agit là d'une condition *sine qua non* à la rectification d'état civil. En d'autres termes, diverses institutions et rapports établissent aujourd'hui que, dans un certain nombre de cas, la stérilisation n'est consentie que parce qu'elle est nécessaire à l'obtention du changement d'état civil. Comment concilier cet état des choses avec l'exigence, prévalente en droit médical et, plus généralement, en droit civil, d'un consentement libre et éclairé ? Par analogie, on peut par exemple souligner qu'en droit français, en matière d'adoption par exemple⁴³⁷⁶, le consentement n'est jugé libre que s'il n'est pas influencé par une quelconque contrepartie. Or précisément, en matière de stérilisation des personnes trans, le consentement est donné pour obtenir une contrepartie : le changement d'état civil. Marcela IACUB considère, en ce sens, qu'il s'agit d'une « sorte de chantage organisé par l'État pour octroyer aux personnes transsexuelles le droit de s'intégrer dans la société avec le genre qu'elles souhaitent »⁴³⁷⁷. En France, la CNCDH⁴³⁷⁸, le Défenseur des

⁴³⁷² Voir notamment, CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 27 juin 2013. Voir aussi, la fiche thématique « Identité de genre » de la CEDH.

⁴³⁷³ Voir également BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAIT A., REVILLARD A., *Introduction aux gender Studies - Manuel des études sur le genre*, op. cit., p. 32.

⁴³⁷⁴ HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme*, op. cit., 2009, p. 144. En ce sens, BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil. Les attermoiments du droit français », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, op. cit., p. 133. Voir notamment, sur les évolutions de la pensée associative et militante, RENNES J., *Encyclopédie critique du genre*, « trans », Paris, La découverte, 2016, p. 643.

⁴³⁷⁵ En ce sens, BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil. Les attermoiments du droit français », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, op. cit., p. 132. Dans le même sens, FORTIER C., BRUNET L., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », in GALLUS N., ADAM C., BORRILLO D. (dir.), *Droit des familles, Genre et sexualité*, op. cit., p. 72 ; ROMAN D., « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », op. cit.

⁴³⁷⁶ Article 370-3 alinéa 3 du Code civil : « *Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé [...]* ».

⁴³⁷⁷ IACUB M., « Transsexualisme et société », in HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme*, op. cit., 2009, p. 36.

⁴³⁷⁸ CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 27 juin 2013.

droits⁴³⁷⁹ et la HAS⁴³⁸⁰ ont tous dénoncé le caractère problématique de la médicalisation excessive du transsexualisme⁴³⁸¹ et cette condition de stérilisation préalable, notamment au motif qu'elle risquait d'être non réellement consentie. Comme l'observe le Défenseur des droits :

*« ce serait un leurre de considérer que le droit à l'intégrité physique ne serait pas atteint par l'exigence d'irréversibilité, sous prétexte que les traitements sont consentis. En effet, quelle est la marge de manœuvre ou le choix d'une personne trans qui, si elle refuse de se soumettre aux traitements, ne pourra jamais obtenir de documents d'identité conformes à son identité de genre ? »*⁴³⁸².

1440. À l'échelle internationale, la suppression de la condition de stérilisation est recommandée aussi bien par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies⁴³⁸³, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁴³⁸⁴, l'Organisation mondiale de la santé⁴³⁸⁵, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme⁴³⁸⁶, que par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁴³⁸⁷. Ces différents acteurs considèrent la stérilisation comme contraire au respect de l'intégrité physique de la personne et appellent les États membres à « *cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation* »⁴³⁸⁸.

1441. À la suite d'une circulaire de 2010, qui demande aux juges de ne plus soumettre la modification de l'état civil à l'ablation des organes sexuels⁴³⁸⁹, certains juges du fond refusent alors progressivement, en France, d'appliquer l'exigence de stérilisation⁴³⁹⁰. Mais la Cour de cassation ignore cette circulaire⁴³⁹¹ puisqu'elle exige, on l'a vu, dans ses arrêtés de 2012 et 2013 l'ablation des

⁴³⁷⁹ Défenseur des droits, décision n° MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 1.

⁴³⁸⁰ HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, novembre 2009, p. 149.

⁴³⁸¹ Voir surtout, CNCDH, *Avant-projet de loi sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, op. cit., p. 9.

⁴³⁸² Défenseur des droits, décision n° MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 16. Le rapport du Commissaire aux droits de l'homme signale que « *seulement 10 % de toutes les personnes transgenres choisissent de subir une opération de conversion sexuelle, ont accès à ce type de chirurgie ou ont la possibilité, en pratique de se faire opérer* ».

⁴³⁸³ Comité des droits de l'homme, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de l'Ukraine*, 23 juillet 2013, CCPR/C/UKR/7, Point c.

⁴³⁸⁴ CEDAW, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, 18 janvier-5 février 2010/C/NLD/CO/5, §46-§47.

⁴³⁸⁵ OMS, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization : an interagency statement*, 2014.

⁴³⁸⁶ *Ibid.*

⁴³⁸⁷ Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

⁴³⁸⁸ Commissaire aux droits de l'homme, *Droit de l'homme et identité de genre*, Conseil de l'Europe, 2009.

⁴³⁸⁹ Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, 14 mai 2010 : « *Au vu de ces éléments, vous pourrez donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux* ». Voir sur cette circulaire, AUFIERE P., BAROUSSE C., « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *AJ Famille*, 2016, p. 580.

⁴³⁹⁰ Voir notamment CA Nancy, 3 janvier 2011, n° 0900931 ; CA, 2 septembre 2011, n° 1102099 ; observation Reigné, *JCP*, 2012, act. 124 ; CA Nancy, 11 octobre 2011 ; CA Lyon, 2 septembre 2011 ; CA Lyon, 13 mars 2008 ; CA Metz, 24 mars 2010, n° 090183 ; CA Rennes, 7 juillet 2011. Voir à ce propos, VIALLA F., « État civil : du sexe au genre ? », op. cit., p. 122.

⁴³⁹¹ Voir également, VIALLA F., « Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *Dalloz*, 2016, p. 2351 ; LE GAG-PECH S., « Sexe, preuve et vérité », *LPA*, 26 septembre 2012, n° 193, p. 5.

organes sexuels pour admettre le changement d'état civil⁴³⁹². En effet, malgré la montée en puissance de propos dissidents, les ordres juridiques maintiennent jusqu'en 2011 en Allemagne et 2016 en France, la stérilisation comme condition *sine qua non* de la modification de l'état civil⁴³⁹³.

1442. Ainsi, à mesure que les trans refusent les opérations de réassignation sexuelle⁴³⁹⁴, il devient difficile de qualifier de « volontaire » une opération que les personnes n'acceptent de subir que parce qu'elle conditionne l'obtention d'une prestation que ces personnes jugent fondamentale pour leur bien-être psychologique⁴³⁹⁵. Il est d'autant plus étonnant que le caractère libre du consentement ait été aussi peu interrogé, alors même qu'en France, avant 2001, la stérilisation à visée contraceptive est refusée par le droit, au motif précisément qu'elle porte profondément atteinte à l'intégrité physique et qu'elle ne saurait être *disponible* à la volonté des individus.

2. Une stérilisation interdite pour les personnes non trans avant 2001 en France

1443. Jusqu'en 2001 en France, le droit n'admet pas la stérilisation à visée contraceptive, les capacités reproductives d'une personne étant considérées indisponibles à la volonté individuelle (a). Par ailleurs, alors qu'en matière de transsexualisme, l'ordre juridique français opte pour une acception large de la notion de santé qui englobe le bien-être psychologique de la personne trans, il se fonde, en matière de stérilisation à visée contraceptive, sur une conception restrictive de la santé. Il refuse par hypothèse de considérer que la stérilisation pourrait servir le bien-être psychologique de la personne. Lus ensemble, ces différents dispositifs juridiques indiquent qu'il y a bien une finalité particulière de la stérilisation des trans : la protection d'une certaine conception de l'ordre procréatif (b).

a. La stérilisation des personnes non trans hors d'atteinte de la volonté individuelle

1444. Il importe de préciser qu'au moment où la stérilisation quasi-directe est imposée aux trans souhaitant obtenir une modification de leur état civil par la Cour de cassation française, en 1992, la stérilisation à visée contraceptive est encore interdite⁴³⁹⁶ ou du moins très controversée⁴³⁹⁷. Dans un avis de 1998, la Cour de cassation avait en effet énoncé qu'« une atteinte à l'intégrité du corps humain,

⁴³⁹² Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴³⁹³ FORTIER C., BRUNET L., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 79.

⁴³⁹⁴ VIALLA F., « Transidentité : Quid novi ? Nihil, fere nihil, minus nihilo », *op. cit.*

⁴³⁹⁵ Voir en ce sens, BENOS C., « Les conséquences juridiques du traitement du transsexualisme », in DEFFAINS N., PY B., *Le sexe et la norme*, *op. cit.*, p. 277. L'auteure se réfère à Anne Debet pour dire que la stérilité n'est pas le traitement du transsexualisme mais seulement l'un de ces effets.

⁴³⁹⁶ À la différence de l'Allemagne qui l'autorise en 1964 - BGH, 27 octobre 1964, 5 StR 78/64.

⁴³⁹⁷ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil ; que sont, en conséquence, dépourvues d'objet les autres questions posées»⁴³⁹⁸. C'est notamment la gravité de l'opération de stérilisation qui était soulignée par le juge civil. Celui-ci estimait que le consentement libre et éclairé d'une personne n'était pas susceptible de disqualifier l'infraction pénale qu'elle peut constituer en l'absence de tout but thérapeutique⁴³⁹⁹. En outre, l'IGAS souligne en 1998 que la « stérilisation est un acte à haute signification symbolique [...]. Dans une conception holistique et plus respectueuse de la nature, la stérilisation apparaît comme la négation d'une potentialité qui a du sens non seulement pour la femme par exemple mais pour l'homme qui pourrait la féconder et pour toute la société »⁴⁴⁰⁰. En ce sens, le CCNE ajoute également :

« La spécificité de la question éthique soulevée par la stérilisation consiste dans le fait qu'elle supprime une fonction qui ne peut être comprise comme étant simplement physiologique. Certes, en tant que fonction biologique, la capacité de procréer n'est pas indispensable à la survie de chaque individu, bien qu'elle le soit pour la survie de l'espèce. Mais dans sa dimension anthropologique, la capacité de procréer met en jeu pour chaque personne d'autres aspects, proprement humains, de son existence : le sentiment d'être dans le monde par son corps et d'y avoir sa place ; la possibilité de s'exprimer comme être sexué et de nouer des relations procréatrices avec autrui, de pouvoir s'inscrire dans une alliance et de prolonger sa lignée ; la possibilité d'assumer dans un réseau de relations et sur un plan existentiel, interpersonnel et social, toutes les conséquences de sa vie sexuelle »⁴⁴⁰¹.

1445. Il ressort de cet extrait que le maintien de la fertilité est considéré, en France, comme une condition fondamentale du bien-être de la personne. Le maintien de la fertilité est si fondamental que, jusqu'en 2001, une personne ne peut pas librement renoncer à ses capacités reproductives - celles-ci restant *indisponibles* à la volonté des individus, alors même que, dans le même temps, la stérilisation est presque *imposée* aux personnes transsexuelles qui souhaitent modifier leur état civil⁴⁴⁰². Cette différence de traitement s'explique par une appréhension différente de la notion de santé qui, dans les deux cas, peut être interrogée.

⁴³⁹⁸ CC, Avis du 6 juillet 1998.

⁴³⁹⁹ En ce sens, voir également, GIRAUD F., *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, *op. cit.* : « La stérilisation constitue, à l'évidence, un acte grave ». Voir également, ROMAN D., « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *op. cit.* L'auteure souligne également ce « paradoxe diachronique » : « [D'un côté] la castration considérée jusqu'il y a peu comme la plus grave des mutilations et pénalement sanctionnée [...] [et de l'autre] le transsexualisme étant analysé comme une maladie, le chirurgien bénéficie d'un fait justificatif thérapeutique, la stérilisation est licite, voire obligatoire ».

⁴⁴⁰⁰ IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁴⁰¹ CCNE, Avis n° 49, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴⁰² Sur ce décalage, voir également, FORTIER C., BRUNET L., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 99.

b. Une appréhension différente de la notion de santé dans le cas de la stérilisation à des personnes trans et non trans

1446. Si la stérilisation des trans est admise, c'est parce qu'elle est juridiquement pensée comme un traitement médical⁴⁴⁰³. La stérilisation des personnes transsexuelles est considérée comme entrant dans la catégorie des stérilisations à visée *thérapeutique* autorisées par la loi. Même s'il existe des débats quant à la légalité des opérations de conversion sexuelle⁴⁴⁰⁴, le fait que, dans les années 1980, peu de transsexuels s'opposent expressément à l'opération, ajoute au caractère peu controversé de cette pratique. C'est parce qu'elle est considérée comme une thérapie, participant à leur bien-être psychologique que les ordres juridiques admettent, voire imposent, la conformation totale - jusqu'à l'ablation des organes sexuels - de ces personnes. Cependant, la stérilisation contraceptive peut également servir le bien-être de la personne. En effet, avoir une vie sexuelle paisible, s'épargner les contraintes relatives à la gestion de la contraception, s'éviter les angoisses relatives à une grossesse non désirée peuvent tout autant être lus comme susceptibles de soulager psychologiquement les individus. Si en effet la santé est entendue comme « *un état de bien-être complet, physique, mental et social* »⁴⁴⁰⁵, alors la stérilisation contraceptive peut être réputée poursuivre des finalités thérapeutiques. Mais l'ordre juridique ne l'appréhende pas sous cet angle. Il opte ici pour une distinction claire entre, d'un côté, le transsexualisme qui est une maladie dont la stérilisation est un des éléments de la thérapie et, de l'autre, la fécondité qui n'est pas une maladie - la stérilisation apparaissant dans ce cadre non pas comme un traitement mais comme une demande de confort inacceptable, car attentatoire à l'essence même de l'être humain.

1447. À l'inverse, l'appréhension du transsexualisme comme une maladie peut être déconstruite. Même s'il ne s'agit aucunement de mettre en doute ou de contester la souffrance réellement ressentie par les personnes transsexuelles, la pathologisation et la médicalisation du transsexualisme relèvent d'un *choix* des pouvoirs publics⁴⁴⁰⁶. En effet, même si dans un premier temps, cette médicalisation a permis de justifier, sur le plan juridique, la mise en œuvre des opérations de conversion sexuelle⁴⁴⁰⁷ et leur remboursement par la Sécurité sociale⁴⁴⁰⁸, d'autres alternatives à la

⁴⁴⁰³ CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 453.

⁴⁴⁰⁴ *Ibid.* ; MÉMETEAU G., « Transsexualisme et débat de société », *op. cit.*, p. 142. Voir aussi, BRANLARD J.P., *Le sexe et l'état des personnes - aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, p. 419 et suivantes.

⁴⁴⁰⁵ Préambule adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946, signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États.

⁴⁴⁰⁶ IACUB M., « Transsexualisme et société », in HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme*, *op. cit.*, 2009, p. 32-33. Contra : MÉMETEAU G., « Transsexualisme et débat de société », *Médecine et droit*, 2007, p. 144.

⁴⁴⁰⁷ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁴⁰⁸ Sur la difficile prise en charge du transsexualisme par la Sécurité sociale, voir, CATTO M.X., *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 32 ; ESPINEIRA K., « La médiatisation des politiques transgenres :

pathologisation étaient envisageables. La question transsexuelle aurait ainsi pu, en premier lieu, être abordée sous l'angle de la chirurgie esthétique⁴⁴⁰⁹. En effet, en France et en Allemagne, des opérations de chirurgie esthétique sont autorisées sans pour autant que les patients soient considérés comme atteints de troubles psychiques⁴⁴¹⁰. Certaines opérations de chirurgie réparatrice, telles que celles visant à réparer l'agénésie mammaire⁴⁴¹¹ ou la gynécomastie,⁴⁴¹² sont même remboursées⁴⁴¹³. On estime que la non-conformation physique d'une personne au sexe auquel elle est censée appartenir peut engendrer souffrance et exclusion sociale⁴⁴¹⁴. En Allemagne, le juge social fédéral déclare cependant expressément, dans une décision de 1993, que le traitement juridique du transsexualisme ne peut pas être similaire à celui de la chirurgie esthétique⁴⁴¹⁵. En second lieu, les deux ordres juridiques auraient pu aborder plus frontalement la question du transsexualisme en s'interrogeant sur la pertinence du maintien à l'état civil de la bicatégorisation sexuelle. En effet, en France comme en Allemagne avant 2013⁴⁴¹⁶, les individus doivent être rattachés soit au sexe féminin soit au sexe masculin au moment de leur déclaration à l'état civil⁴⁴¹⁷. Or, il existe assurément un lien intrinsèque entre, d'un côté, l'obligation juridique d'être rattaché dès la naissance à l'un des deux sexes imposés⁴⁴¹⁸ et, de l'autre, la question transsexuelle. D'un point de vue strictement juridique, sans obligation de mentionner le sexe à l'état civil, la question du transsexualisme n'a plus lieu d'être.

1448. Dans un premier temps, les ordres juridiques français et allemand n'abordent le transsexualisme que sous l'angle de la médicalisation et ne prennent pas en considération les

du statut de contre-public à l'inégalité de la représentation», *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, 4, 2014; BEAUBATIE E., «Trans» in RENNES J., *Encyclopédie critique sur le genre*, *op. cit.*, p. 643. En Allemagne, c'est uniquement lorsque la conversion est considérée comme «médicalement indiquée» que la Sécurité sociale couvre les frais médicaux. De plus, la prise en charge reste, dans les faits, également difficile. Sur ce point, voir, la jurisprudence : BSG, 10.02.1993 - 1 RK 14/92. : «*Les caisses d'assurance maladie ne prennent en charge les opérations de conversion sexuelle que lorsque des moyens psychiatriques ou psychothérapeutiques ne peuvent permettre d'apaiser ou de soigner ces tensions*».

⁴⁴⁰⁹ Voir notamment, MÉMETEAU G., «Transsexualisme et débat de société», *op. cit.*, p. 143. Voir également IACUB M., «Transsexualisme et société», in HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁴¹⁰ Voir, pour la France, les articles L6322-1 CSP et suivants ; pour l'Allemagne, le §228 ne pénalise les atteintes à l'intégrité physique consenties que si elles sont contraires aux bonnes mœurs. Or les opérations de chirurgie esthétique ne sont pas considérées comme contraires aux bonnes mœurs. Voir en ce sens, MAGNUS D., *Patientenautonomie im Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 333. Voir aussi JOURDAIN P., «Les actes de chirurgie esthétique sont des "actes de soins", à propos de CC, 1^{ère} chambre civile, 5 février 2014 n° 1229140» *Dalloz*, 2014, p. 697.

⁴⁴¹¹ C'est-à-dire l'absence de seins chez une femme.

⁴⁴¹² C'est-à-dire la présence de seins chez un homme.

⁴⁴¹³ Arrêté du 29 janvier 1998 pour le premier cas ; arrêté du 7 avril 2005 dans le second (remboursement de l'ANDRACTIM).

⁴⁴¹⁴ Voir sur cette question, et la comparaison entre chirurgie réparatrice et transsexualisme, CATTO M.X, *Le principe d'indisponibilité du corps : limite de l'usage économique du corps*, *op. cit.*, p. 427.

⁴⁴¹⁵ BSG, 10 février 1993 - 1 RK 14/92 : «*Le législateur, en édictant la loi sur le transsexualisme de 1980 confirme que la constatation de la transsexualité appelle une appréciation juridique spécifique*».

⁴⁴¹⁶ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁴¹⁷ Article 57 du Code civil : «*L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant [...]*».

⁴⁴¹⁸ Article 57 du Code civil en France et §15 Personenstandgesetz en Allemagne.

critiques relatives à l'obligation de mentionner le sexe à l'état civil⁴⁴¹⁹. Ils optent donc pour une pathologisation du transsexualisme qui masque l'absence de consentement libre de certaines personnes trans à l'opération de réassignation sexuelle et participe d'une normalisation de la parenté au nom de la sauvegarde d'un certain ordre du genre.

B. La normalisation de la parenté par la stérilisation

1449. Les choix faits, dans un premier temps, par les ordres juridiques - que ce soit celui de la pathologisation du transsexualisme ou de la soumission du changement d'état civil à la condition préalable de stérilisation des personnes trans - assurent la pérennité d'une normalisation des rôles sociaux de genre (1). Elle permet à son tour la normalisation des corps procréateurs des personnes trans et, avec elles, de la parenté trans, empêchant alors production de la vie dans un contexte jugé inapte à son bon développement, c'est-à-dire à sa transformation en *bios* (2).

1. Médicalisation et normalisation des rôles sociaux de genre

1450. Les droits français et allemand⁴⁴²⁰ n'ont pas fait le choix d'aborder la question trans à l'aune de l'obligation de mention du sexe des personnes sur leur état civil.

1451. En France, l'article 57 du Code civil impose la déclaration du sexe à l'état civil et est interprété par la jurisprudence comme imposant le rattachement « à l'un des deux sexes masculin ou féminin »⁴⁴²¹. En 2017, la Cour de cassation, interrogée sur la pertinence du maintien de cette bicatégorisation, considère que la dualité sexuelle « est nécessaire à l'organisation sociale et juridique dont elle constitue un élément fondateur »⁴⁴²². La Cour évoque du reste « un argument conséquentialiste en vertu duquel décider autrement aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français »⁴⁴²³. La dualité des

⁴⁴¹⁹ VAUTHIER J.P. ; VIALLA F., « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Dalloz*, 2017, p. 1399 ; REIGNÉ P., « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », *Dalloz*, 2016, p. 1915 ; MORON-PUECH B., « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *Dalloz*, 2017, p. 1404 ; MORON-PUECH B., « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *Dalloz*, 2016, p. 904 ; CATTO M.X., « La mention du sexe à l'état civil », in HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M. et ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre*, Paris, CNRS, 2014, p. 29-47. En outre, le TGI de Tours a admis la mention du sexe « neutre » à l'état civil (TGI Tours, 20 août 2015 ; note Vialla, *Dalloz*, 2015, p. 2295 ; observations Le Gag-Pech, *AJ famille*, 2015, p. 613 ; observations Hauser, *RTD civ.*, 2016, p. 77 ; COUSTET T., « La justice reconnaît la mention "sexe neutre" sur l'état civil », 16 octobre 2015, *Dalloz actualité*, 16 octobre 2015). La décision est toutefois infirmée par la Cour d'appel d'Orléans (CA Orléans 22 mars 2016, n° 0112345). Le pourvoi en cassation est ensuite rejeté (CC, 4 mai 2017, n° 1617189 ; HOUSIER J., « Sexe neutre : la Cour de cassation s'en remet à la loi », *AJ famille*, 2017, p. 354). Voir également, pour un positionnement plus nuancé, GUEZ P., « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'homme*, 8/2015, §16.

⁴⁴²⁰ En Allemagne, le conseil d'éthique et la Chambre fédérale des médecins l'abordent cependant, au moins partiellement, sous cet angle : BÄK, *Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung*, *Deutsches Ärzteblatt*, 30 janvier 2015 ; Deutscher Ethikrat, *Intersexualität*, 23 février 2012.

⁴⁴²¹ CA Paris, 18 janvier 1974, *Dalloz*, 1974, p. 196, conclusions M. Granjon.

⁴⁴²² CC, 1^{ère} chambre civile, 4 mai 2017, n° 1617189.

⁴⁴²³ CATTO M.X., « Droit et genre », *Chronique REGINE*, *Dalloz* 2018, p. 919.

sexes est ainsi pensée comme « *un élément fondateur* »⁴⁴²⁴ de l'ordre juridique, de sorte qu'il semble finalement que « *le sexe de l'état civil a très peu à voir avec la réalité du sexe biologique, qui n'est pas [nécessairement] binaire, mais bien plus avec le genre qui, en tant qu'opérateur de la bicatégorisation sexuée, surdétermine et reconstruit la réalité* »⁴⁴²⁵.

1452. En Allemagne, même si la bicatégorisation sexuée est actuellement remise en question⁴⁴²⁶, la loi sur l'état civil imposait jusqu'en 2013⁴⁴²⁷ également le rattachement des individus au sexe masculin ou féminin. En 1971, la Cour fédérale de justice refusait ainsi la modification du sexe à l'état civil, en considérant que « *le principe évident et immuable du rattachement des êtres humains aux catégories alternatives de masculin ou de féminin est une condition évidente de communauté de vie sociale et de notre ordre juridique tout entier* »⁴⁴²⁸. L'émergence de la question trans, et les premiers contentieux auxquels elle a mené, n'a donc historiquement pas conduit à une remise en question de la bicatégorisation des sexes à l'état civil. Au contraire, les ordres juridiques français comme allemand ont continué d'appréhender cette question sous l'angle d'une conception biologique du sexe. À l'époque où le juge français refusait encore la modification du sexe à l'état civil du sexe des personnes trans, c'était même au regard d'une conception fixiste (immuable) du sexe. On lit ainsi, dans un arrêt rendu en 1990 par la Cour de cassation, que

*« le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé et attendu que l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien »*⁴⁴²⁹.

1453. On le voit le juge ne prend ici pas en compte la construction psycho-sociale du sexe. En effet, dans un premier temps, « *les juges n'accordent aucun rôle à la volonté individuelle et à l'environnement social dans la définition du sexe, refusant de faire droit aux demandes des transsexuels et de reconnaître juridiquement la modification du sexe de naissance en vue de correspondre au genre de l'individu* »⁴⁴³⁰. En outre,

⁴⁴²⁴ CC, 1^{ère} chambre civile, 4 mai 2017, n° 1617189.

⁴⁴²⁵ CATTO M.X., « Droit et genre », *op. cit.*, p. 919.

⁴⁴²⁶ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2). Pour un bref commentaire en français, MORON-PUECH B., « Reconnaissance du troisième genre en Allemagne, le Bundestag condamné à reprendre sa copie », disponible sur <https://sexandlaw.hypotheses.org/292>.

⁴⁴²⁷ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften - loi de modification des dispositions sur l'état civil, 7 mai 2013. Voir plus récemment encore, la décision du BVerfG, 10 octobre 2017 - 1 BvR 2019/16. Voir sur ce point, KÖRLING P., « Das dritte Gesetz und die Diskriminierungsfreie Entstellung », *NZA*, 2018, p. 282 ; SANDERS A., « Hat das Recht ein Geschlecht ? », *NZFam*, 2018, p. 341 ; FRIE B., « Verfassungsrechtlicher Schutz der geschlechtlichen Identität », *NZFam*, 2017, p. 1141. Pour une critique de cette décision (car il n'existe que deux véritables sexes biologiques) : MÄRKER K., « Drittes Geschlecht ? Quo vadis Bundesverfassungsgericht ? », *NZFam.*, 2018, p. 1.

⁴⁴²⁸ BGH, 21 septembre 1971, IV ZB 61/70, §23.

⁴⁴²⁹ CC, 1^{ère} chambre civile, 21 mai 1990, n° 8812829.

⁴⁴³⁰ FONDIMARE E., « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme*, 5/2014, §13.

lorsqu'il admettra quelques années plus tard le changement de sexe, c'est en raison d'une pathologisation du transsexualisme - et non en raison d'un « droit à l'identité de genre »⁴⁴³¹. En Allemagne, les choses diffèrent un peu, car le juge constitutionnel aborde davantage la question sous l'angle des droits fondamentaux : dès 1978, la Cour constitutionnelle considère que la non-reconnaissance du changement de sexe de la personne trans à l'état civil est contraire à son droit au libre épanouissement de la personnalité garanti par les articles 1 et de 2 LF⁴⁴³². En France, en revanche, l'approche n'est pas la même. Ce n'est pas sous l'angle des droits individuels fondamentaux qu'est appréhendée la question mais sous l'angle du principe d'indisponibilité de l'état des personnes⁴⁴³³, qui maintient « hors d'atteinte de la volonté individuelle les différents éléments de l'état civil »⁴⁴³⁴ : une personne ne peut pas décider de changer de sexe. Le registre de la pathologisation exclut une appréhension de la question du changement de sexe sous l'angle du choix. L'autorisation du changement de sexe n'est pensée que comme une dérogation au principe d'indisponibilité, justifiée par l'état pathologique du demandeur⁴⁴³⁵, comme si, en France, la seule solution pour soustraire le changement de sexe à la volonté individuelle était de passer par le registre de la maladie. Cette pathologisation permet également de conditionner la modification de l'état civil à de strictes conditions⁴⁴³⁶ : il faut que la personne modifie son apparence extérieure, adopte le comportement social correspondant à celui du sexe revendiqué et modifie ses organes génitaux⁴⁴³⁷. Or, ces exigences peuvent être comprises comme emportant l'obligation pour la personne trans de devenir une femme ou un homme « normal.e », puisqu'elles s'assurent que la personne est prête à accepter les « nouvelles règles du jeu » en termes d'apparence, de comportement et de sexualité⁴⁴³⁸. Surtout, elle impose que les règles du jeu ne soient pas altérées : loin d'accepter l'ambiguïté ou la fluidité des identités de genre, le droit maintient ici, dans la manière même dont il traite la question trans, la bicatégorisation sexuelle que, pourtant, le

⁴⁴³¹ ROMAN D., « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison-publique*, 15 mai 2012.

⁴⁴³² BVerfG, 11 octobre 1978 - BVerfGE 49, 286. Pour l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle : cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁴³³ Voir notamment, TERRE F., LASZLO-FENOUILLET D., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 2005, p. 137.

⁴⁴³⁴ Définition citée par HENNETTE-VAUCHEZ S., « L'analyse juridique du genre », *op. cit.*, p. 120.

⁴⁴³⁵ HAUSER J., « Le nom et la filiation : un intérêt supérieur à géométrie variable dans le temps », *RTD Civ.*, 2010, p. 759. Pour une critique de cette médicalisation, PHILIPPOT A., « Devenir homme ou femme : l'identité sexuelle à nouveau devant la Cour de cassation », *LPA*, 03 août 2012, n° 155, p. 11.

⁴⁴³⁶ BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil. Les attermoiements du droit français », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁴³⁷ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁴³⁸ BRUNET L., FORTIER C., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », in GALLUS N., ADAM C., BORRILLO D. (dir.), *Droit des familles, Genre et sexualité*, *op. cit.*, p. 101. Les auteurs parlent d'une conversion qui doit se faire à « sexe constant afin de ne pas brouiller la distinction entre les hommes et les femmes placée au fondement de nos sociétés occidentales ». Voir également, BRUNET L., « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil. Les attermoiements du droit français », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 130.

transsexualisme interroge. De manière paradoxale au premier abord, on comprend ici que la pathologisation a, en fait, servi des processus de normalisation des rôles sociaux de genre. Comme le montre l'analyse de la jurisprudence, le juge se fonde sur ce qui est considéré comme une apparence « normale » ou un comportement social « normal » pour juger de la légitimité des demandes qui lui sont adressées⁴⁴³⁹. En France comme en Allemagne, le juge prête ainsi attention, par exemple, à la profession exercée par la personne. Il considère ainsi que l'exercice du métier d'infirmière plaide en faveur de l'appartenance du requérant à la catégorie des femmes⁴⁴⁴⁰ tandis qu'à l'inverse, l'exercice du métier de jardinier ne permet pas d'apporter une telle preuve⁴⁴⁴¹. De la même manière, des pratiques telles que le maquillage, le port de cheveux longs ou l'épilation sont retenues comme attestant la volonté d'un requérant de devenir une femme⁴⁴⁴². De telles jurisprudences, qui renforcent les stéréotypes de genre, indiquent non seulement que le juge se fonde sur un certain standard de la normalité, mais encore que celui-ci est clairement genré. Le droit participe de cette manière au déploiement d'un processus de normalisation des rôles sociaux de genre. Cela étant, le juge ne se contente pas d'exiger des personnes trans qu'elles conforment leur apparence et leur comportement social au sexe demandé. Les éléments d'appréciation du bien-fondé d'une demande auraient pu se limiter à ce qui est visible (à l'exclusion, par exemple, d'interventions chirurgicales)⁴⁴⁴³. Mais tel n'est pas le cas puisque nous avons vu que la stérilisation était exigée. Dès lors, ce ne sont pas seulement les rôles sociaux de genre que le droit normalise mais également les corps procréateurs et la parenté.

2. Normalisation des rôles sociaux de genre et normalisation des corps procréateurs trans

1454. Ni la loi allemande de 1980, qui exige expressément la stérilité de la personne trans, ni le juge français ne se contentent, historiquement, d'exiger une *apparence* conforme au nouveau sexe revendiqué. Il importe également que les organes sexuels de la personne correspondent à ceux de sa nouvelle identité sexuée, alors même que « *dans la vie sociale quotidienne, chacun montre son visage, ses vêtements, ses papiers d'identité et fait entendre sa voix, mais nul ne montre ses organes sexuels. Le faire est même*

⁴⁴³⁹ Sur la question des apparences, voir notamment, MATTUSSI J., *L'apparence de la personne physique - pour la reconnaissance d'une liberté*, *op. cit.*, p. 319 ; BIOY X., « Juges et apparences physiques, ne pas juger les apparences selon lesquelles on juge », p. 23 in JACQUINOT N., *Juges et apparences*, Actes de colloques de l'IFR, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2010.

⁴⁴⁴⁰ BVerfG, 11 octobre 1978 - BVerfGE, 49, 286, §51.

⁴⁴⁴¹ CA Aix-en-Provence, 28 novembre 2007, n° 0714524 : « *Qu'il exerce la profession d'agent d'entretien bâtiments et espaces verts, laquelle n'est pas spécifiquement féminine* ».

⁴⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴⁴³ En ce sens, CA Douai, 24 mars 2014, n° 0218/2014 ; CA Nîmes, 19 février 2014, n° 2013/03142. Voir également PARICARD S., « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? », *RDH*, 8/2015, §35 ; certains auteurs voient ainsi la décision comme un assouplissement des conditions : notamment, PHILIPPOT A., « Devenir homme ou femme : identité sexuelle à nouveau devant la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 11.

un délit pénal»⁴⁴⁴⁴. L'exigence de conformation est telle qu'*il faut maintenant inscrire les catégories de sexe dans les corps par la seringue ou le bistouri*»⁴⁴⁴⁵. Partant, la stérilisation ne saurait seulement se justifier par une volonté de maintenir les *apparences* de la bicatégorisation sexuée. Une hypothèse explicative à son existence est qu'elle assure la pérennité d'un ordre procréatif au sein duquel seules les femmes peuvent être enceintes et les hommes produire des spermatozoïdes. En effet, la question transsexuelle est doublement subversive pour l'ordre du genre⁴⁴⁴⁶. Elle interroge la bicatégorisation sexuée et joue à la faveur de la reconnaissance de l'identité de genre qui remet en question l'idée d'un fondement *biologique* des sexes⁴⁴⁴⁷. Mais elle est, en outre, susceptible de remettre en question la division sexuelle du travail reproductif⁴⁴⁴⁸. Si les ordres juridiques permettent à un homme d'être enceint - en autorisant un FtH (une femme devenue homme) à changer de sexe sans lui imposer la stérilisation -, ils portent atteinte au principe selon lequel la grossesse et l'accouchement seraient les fondements de la *maternité*. La figure de l'homme enceint est susceptible de déconstruire - au moins théoriquement - le lien jusqu'alors établi entre grossesse, accouchement, maternité⁴⁴⁴⁹. Une telle déconstruction est alors susceptible de remettre en cause la répartition des rôles parentaux, jusqu'ici fondée sur le sexe des individus. Si un homme est enceint, doit-il ensuite être considéré comme le père ou la mère de l'enfant ? Doit-il ensuite se *comporter* comme la mère de l'enfant ou comme son père ? On le voit, la subversion majeure que représente la figure de l'homme enceint se niche bien derrière le régime juridique du changement de sexe des trans. En ce sens, il faut souligner les nombreuses interrogations de la doctrine quant à la possibilité d'être à la fois « *père biologique et femme à l'état civil ? Mère et homme ?* »⁴⁴⁵⁰. Certains auteurs considèrent ainsi que

*« le silence du législateur est regrettable car en l'état, rien ne permet de faire obstacle à l'établissement de la maternité d'un homme qui a accouché [...]. Est-il vraiment conforme à l'intérêt de l'enfant d'avoir pour mère une personne ayant l'apparence d'un homme et vice-versa ? La recherche de l'apparence de conformité au modèle de la procréation charnelle sous-jacente dans l'intégralité du droit de la filiation permet d'en douter »*⁴⁴⁵¹.

⁴⁴⁴⁴ IACUB M., « Transsexualisme et société », in HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme*, *op. cit.*, 2009, p. 36.

⁴⁴⁴⁵ REIGNÉ P., « Sexe, genre et état des personnes », *op. cit.*, p. 1887

⁴⁴⁴⁶ HÉRAULT L., « Procréer à la manière des femmes, engendrer en tant qu'homme », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁴⁴⁷ BERENI L., CHAUVIN S., JAUNAIT A., REVILLARD A., *Introduction aux gender Studies - Manuel des études sur le genre*, *op. cit.*, p. 28. Quant à la défense d'une dualité « naturelle » entre les sexes, voir notamment, MÉMETEAU G., « Transsexualisme et débat de société », *op. cit.*, p. 143.

⁴⁴⁴⁸ Qui se trouve au cœur du système de genre : TAIN L., *Le corps reproducteur*, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁴⁴⁹ HÉRAULT L., « Procréer à la manière des femmes, engendrer en tant qu'homme », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁴⁵⁰ VINEY F., « Changement de sexe à l'état civil : la condition de stérilité est contraire à l'article 8 Conv. EDH, 6 avril 2017 », *AJ famille*, 2017, p. 29.

⁴⁴⁵¹ FERRIE S.M., « État civil - Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », *Droit de la famille*, n° 7-8 juillet 2017, étude 10 ; PIAZZON T., « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} juin 2017, n° 55-56, p. 183 : « Face à un droit civil qui distingue entre filiation maternelle et filiation paternelle, faudra-t-il appliquer à l'intéressé les

1455. *A contrario*, cet extrait révèle que la stérilisation des personnes trans a bien pour but de protéger les fondements biologiques de la parenté⁴⁴⁵². En ce sens, il convient de noter qu'en 2011, lorsque la Cour constitutionnelle allemande invalide finalement la condition de stérilisation, elle considère malgré tout que le fait qu'un homme puisse tomber enceint porterait effectivement atteinte à la « *compréhension générale de l'ordre du genre* »⁴⁴⁵³. Elle ajoute que constitue un but légitime « *celui de vouloir rattacher les enfants à leurs parents biologiques de telle sorte que leur lien de filiation ne contredise pas le processus biologique qui a permis leur procréation* »⁴⁴⁵⁴. En somme, elle considère comme un but légitime celui de vouloir faire coïncider la parenté biologique et l'identité sexuelle. Ce faisant, elle souligne clairement que la protection de l'ordre du genre suppose le respect par les individus de leur rôle procréatif « biologique », à comprendre comme la grossesse pour les femmes ou l'apport de sperme pour les hommes.

1456. Dans un premier temps, les ordres juridiques français et allemand procèdent ainsi à une normalisation de la parenté des personnes trans *via* des mécanismes de stérilisation quasi-directe qui normalisent leur corps procréateur. Dans la mesure où un homme ne saurait être enceint, les droits français et allemand conditionnent son changement de sexe à l'état civil à son incapacité à procréer. Par ce biais, le droit s'assure qu'aucune *vie* ne pourra être produite par une personne trans. L'une des lectures possibles de cette interdiction est qu'elle empêche la production de *zoe* dans un cadre jugé inapte à son bon développement car les éventuels futurs parents ne correspondent pas à une certaine conception des normes de genre. Cela étant, à partir des années 2010, en France comme en Allemagne, la condition de stérilisation quasi-directe est remise en cause par la montée en puissance du paradigme des droits fondamentaux et en particulier celui de l'autonomie personnelle et de la protection de l'intégrité physique. Les législateurs français et allemand sont alors contraints de modifier l'encadrement juridique du changement de sexe à l'état civil. Les processus de normalisation de la parenté trans ne peuvent dès lors plus s'exercer par le biais d'une stérilisation. Cela étant, il serait erroné de croire qu'il n'existe aujourd'hui plus aucun mécanisme de normalisation de la parenté même s'ils ne se manifestent plus par le biais de la stérilisation. En effet, ce n'est pas tant la transidentité qui remet en cause la logique du genre - car

règles relatives à l'accouchement qui désigne la mère ou la présomption de paternité, qui en mariage, désigne le père ? »; MARAIS A., « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! » JCP, 7 novembre 2017, p. 1164 : « Faudra-t-il appliquer les règles de la filiation maternelle à un homme, en se fondant sur l'accouchement ou, au contraire, celles de la filiation paternelle, malgré cet accouchement ? »; AUFIERE P., BAROUSSE C., « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *AJ famille*, 2016, p. 580; PARICARD S., « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ Famille*, 2016, p. 585; PARICARD S., « La fin de la stérilité du transsexuel ? Note sous CEDH, 10 mars 2015, Y.Y. contre Turquie, n° 14793/08 », *RDSS*, 2015, p. 643; MARGUÉNAUD J.P., « Stérilisation et transsexualisme », *RDTciv.*, 2015, p. 331; VIGNEAU D., « Transsexualisme et filiation », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2013, dossier 15.

⁴⁴⁵² Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 1).

⁴⁴⁵³ BVerfG, 11 janvier 2011 - BVerfGE 128, 109, §70.

⁴⁴⁵⁴ *Ibid.*, §72.

beaucoup de personnes trans cherchent précisément à se conformer à ce qui est attendu d'une femme ou d'un homme - c'est la procréation des trans qui lui nuit. Or, les réformes françaises et allemandes tendant à supprimer la condition de stérilisation ne prononcent pas sur la question de la procréation des trans, toujours perçue comme « anormale ». Pourtant, même si cela reste encore rarissime, des hommes enceints accouchent, en France et en Allemagne⁴⁴⁵⁵, de sorte qu'une réponse juridique devra être apportée à cette situation spécifique de la procréation des personnes trans.

Sous-section 2. L'interdiction de la stérilisation des personnes trans après 2010

1457. La montée en puissance du paradigme des droits fondamentaux conduit aujourd'hui les législateurs français et allemand à abandonner la condition de stérilisation des personnes trans, celle-ci étant jugée contraire à leur droit à la vie privée et à l'intégrité physique. Une fois de plus, le paradigme des droits individuels tend à affaiblir l'expression du biopouvoir en tant que pouvoir qui s'exprime sur la vie dans le but de *faire vivre* la vie *bonne*, c'est-à-dire la vie considérée comme conforme à une certaine conception de la normalité supposant à la fois la normalisation de la vie elle-même mais également celle de ces parents (I). Cependant, si le paradigme des droits individuels limite les modalités d'action du biopouvoir et des mécanismes de normalisation dans lesquels il s'incarne⁴⁴⁵⁶, il ne remet pas fondamentalement en cause l'idée même de normalisation de la parenté des personnes trans. Dès lors, les modalités de normalisation se transforment - elles ne peuvent plus être directement contraignantes - mais ne disparaissent pas. C'est désormais par des réglementations plus diffuses, moins expressément en lien avec la transformation des corps procréateurs, que la parenté trans est désormais désincitée par le droit (II).

I. La suppression de la condition de stérilisation quasi-directe

1458. À partir des années 2010, dans la continuité d'une jurisprudence toujours plus protectrice des droits des personnes trans, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle allemande remettent en cause la condition de stérilisation quasi-directe, contraignant le législateur à modifier l'encadrement juridique de la procédure de changement de sexe à l'état civil et à affaiblir les processus de normalisation des corps. Cet important tournant dans le traitement juridique de la question trans opère tant en France (A) qu'en Allemagne (B).

⁴⁴⁵⁵ Cf. *infra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁴⁵⁶ Dans le même sens, ROMAN D., « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? », *op. cit.*, p.79.

A. La suppression en France

1459. Le droit des droits fondamentaux joue un rôle particulièrement important en matière de transsexualisme⁴⁴⁵⁷. C'est en effet, dès le départ, la jurisprudence de la CEDH sur l'article 8 CESDH qui conduit le législateur français à devoir accepter la modification de l'état civil des personnes⁴⁴⁵⁸. À cette époque, la Cour ne va certes pas jusqu'à consacrer un droit à la détermination de son appartenance sexuelle, car elle se fonde elle aussi en partie sur une pathologisation du transsexualisme pour imposer l'autorisation du changement d'état civil⁴⁴⁵⁹. Cela étant, la Cour aborde la question non sous l'angle exclusif de la médicalisation mais également sous celui des droits individuels. Le traitement juridique de la question trans est alors jugé in conventionnel dans de nombreux États membres. Ainsi, la CEDH reconnaît-elle en 1997, dans un arrêt *X, Y et Z contre le Royaume-Uni*, que des liens *de facto* peuvent unir un transsexuel avec son enfant⁴⁴⁶⁰, mettant ici en lumière une compréhension sociale de la notion de parent, susceptible de transcender une conception sexuée de la parenté⁴⁴⁶¹. En 2002, elle garantit le droit au mariage pour les personnes trans dans un arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*, s'écartant alors d'une conception purement biologique du sexe, en reconnaissant par ailleurs un « *droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »⁴⁴⁶². Par ce biais, elle admet que le sexe est également psycho-social⁴⁴⁶³. Un an plus tard, la Cour estime, dans une décision contre l'Allemagne, que la procédure judiciaire de demande de remboursement des frais afférents à la conversion sexuelle n'est pas équitable car « *l'identité sexuelle étant l'un des aspects les plus intimes de la vie privée d'une personne, il apparaissait disproportionné d'exiger de Mme Van Kück qu'elle prouve la nécessité médicale du traitement* »⁴⁴⁶⁴. La Cour européenne considère également en 2007 que dès lors qu'une législation autorise les personnes trans à changer de sexe et d'état civil, elle ne peut pas laisser la réalisation des opérations de

⁴⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁵⁸ CEDH, *B. contre France*, 29 mars 1992, n° 1334387, §46.

⁴⁴⁵⁹ *Ibid.* : la CEDH prend elle aussi en compte les arguments de la requérante relatif à « *l'évolution scientifique de la question* » qui font valoir que le critère chromosomique n'aurait rien d'infailible pour déterminer le sexe et que les recherches en cours donneraient à penser que le transsexualisme pourrait découler de l'ingestion de certaines substances pendant la grossesse ou d'une anomalie chromosomique.

⁴⁴⁶⁰ CEDH, *X, Y et Z contre Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n° 21830/93, §37 : « *En l'espèce, la Cour constate que X est un transsexuel ayant subi une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. Il vit avec Y depuis 1979, assumant aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin. Le couple a demandé, et obtenu, un traitement LAD devant permettre à Y de concevoir un enfant. X a soutenu Y pendant cette période et se comporte à tous égards comme "le père" de Z depuis la naissance de celle-ci. Dans ces conditions, la Cour estime que des liens familiaux de facto unissent les trois requérants* ».

⁴⁴⁶¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique et Genre : cadrage théorique, enjeux européens », *op. cit.*, p. 26

⁴⁴⁶² CEDH, *Goodwin contre Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 2895795, §100.

⁴⁴⁶³ HENNETTE-VAUCHEZ S., « Bioéthique et Genre : cadrage théorique, enjeux européens », *op. cit.*, p. 25, se référant à FAUSTO-STERLING A., *Corps en tous genres, La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La découverte, 2012, p. 19.

⁴⁴⁶⁴ CEDH, *Van Kück contre Allemagne*, 12 juin 2003, n° 3596897, §56 et §75.

chirurgie de conversion sexuelle sans encadrement juridique⁴⁴⁶⁵. Elle fait ensuite découler de l'article 8 de la Convention la « *liberté de définir son appartenance sexuelle* »⁴⁴⁶⁶. Pas à pas, la Cour impose donc aux États membres de tirer toutes les conséquences du changement de sexe de la personne, d'améliorer l'accès aux procédures médicales et de permettre sa prise en charge financière⁴⁴⁶⁷, jusqu'à consacrer la notion d'identité sexuelle et la liberté de définir son appartenance sexuelle. Étape supplémentaire de cette évolution structurée autour du paradigme « autonomiste », la CEDH considère que l'opération de stérilisation viole l'article 8 relatif à respect de la vie privée et familiale (1). La France se conforme alors à la jurisprudence européenne et supprime toute opération comme condition à la modification de l'état civil, atténuant alors la portée des processus de normalisation des corps procréateurs trans et de la parenté (2).

1. L'influence de la jurisprudence européenne

1460. Si en 2015, la CEDH condamne la Turquie pour avoir conditionné l'accès à la procédure médicale de conversion sexuelle à la stérilité préalable du requérant⁴⁴⁶⁸, elle ne se prononce toutefois pas dans cet arrêt directement sur la conventionnalité de la condition de stérilisation dans le cadre de la procédure juridique de changement d'état civil⁴⁴⁶⁹. C'est en 2017, dans un arrêt *A.P., Garçon et Nicot contre France*, qu'elle déclare l'inconventionnalité des processus de stérilisation quasi-directe au regard de l'article 8 de la Convention⁴⁴⁷⁰. En l'espèce, la Cour condamne la France sur le

⁴⁴⁶⁵ CEDH, *L. contre Lituanie*, 11 septembre 2007, n° 2752703, §59 : « Cette lacune législative [place] le requérant [...] dans une pénible incertitude quant à sa vie privée et à la reconnaissance de sa véritable identité [...]. Dès lors, l'État n'a pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits de l'intéressé ». Voir sur cet arrêt, MARGUÉNAUD J.P., « L'état civil dans tous ses états : le transsexualisme encore et toujours », *RTDciv.*, 2007, p. 737.

⁴⁴⁶⁶ CEDH, *Schlumpf contre Suisse*, 8 janvier 2009, n° 29002/06, §77.

⁴⁴⁶⁷ HERVIEU N., « Transsexualité - remboursement des frais médicaux de conversion sexuelle (CEDH 8 janv. 2009, Schlumpf c. Suisse) », *ADL*, 2009.

⁴⁴⁶⁸ La Turquie conditionne l'accès à la procédure médicale de changement de sexe à la stérilisation préalable de la personne. La stérilisation n'est ainsi pas seulement, comme en France ou en Allemagne, une condition à la modification de l'état civil, mais également à l'accès à la procédure médicale de conversion sexuelle. CEDH, *Y.Y. contre Turquie*, 10 mars 2015, n° 1479308, §116, §119 : la Cour « ne s'explique pas pourquoi l'incapacité de procréer [...] devrait être établie avant même que ne soit engagé le processus physique de changement de sexe [...] la Cour considère que le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitement ». Voir aussi, ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Le refus d'une autorisation d'effectuer une opération chirurgicale de changement de sexe à une personne transsexuelle méconnaît le droit au respect de la vie privée », *Gazette du Palais*, 25 avril 2015, n° 115, p. 22 ; DIMITROV L., « La stérilité comme condition du changement de sexe en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 23 juin 2015, n° 174, p. 44 ; PARICARD S., « La fin de la stérilité du transsexuel ? », *RDSS*, 2015, p. 643 ; MARGUÉNAUD J.P., « Stérilisation et transsexualisme », *RTDciv.*, 2015, p. 331 ; REIGNÉ P., « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *Dalloz*, 2015, p. 1875.

⁴⁴⁶⁹ La Cour juge surtout l'encadrement turc incohérent. En ce sens, voir notamment l'opinion concordante du juge Lemmens à laquelle se rallie le juge Küris, CEDH, *Y.Y. contre Turquie*, 10 mars 2015, n° 14793/08, p. 43. Voir aussi, MORON-PUECH B., « Condition de changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. contre Turquie du 10 mars 2015 », *RDH, ADL*, mars 2015, §85.

⁴⁴⁷⁰ CEDH, *A.P., Garçon et Nicot contre France*, 6 avril 2017, n° 7988512, n° 5247113 et n° 5259613. Voir notamment FERRIE S.M., « État civil - Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », *Droit de la famille*, n° 7 - 8, juillet 2017, étude 10 ; HAMOU S., « La condition de stérilité comme préalable au changement de sexe à l'état civil constitue une violation du droit au respect de la vie privée », *Gazette du Palais*, 4 juillet 2017, n° 25, p. 93 ; DIONISI-PEYRUSSE A.,

fondement de l'article 8 en raison de l'exigence implicite de stérilité qu'elle impose. En effet, la Cour relève que même si la jurisprudence française n'impose à première vue que « *la transformation de l'apparence* », et non la stérilisation du transsexuel, le droit français assujettit en réalité la reconnaissance juridique du changement de sexe à la réalisation d'une opération ou d'un traitement, qui entraîne une très forte probabilité de stérilité, au regard des exigences développées par la jurisprudence⁴⁴⁷¹. Or, la Cour considère qu'imposer cette condition à des personnes qui ne le souhaitent pas forcément⁴⁴⁷² - est contraire à la dignité humaine⁴⁴⁷³, même si ces personnes consentent formellement à la stérilisation. En effet la Cour estime qu'« *un traitement médical n'est pas véritablement consenti lorsque le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel* »⁴⁴⁷⁴. Elle procède même en l'espèce à un parallèle avec les stérilisations forcées :

*« Dans des contextes différents, la Cour a ainsi conclu à la violation de ces dispositions dans le cadre de stérilisations pratiquées sur des adultes sains d'esprit qui n'y avaient pas donné un consentement éclairé. En particulier, elle a déduit du fait que la stérilisation porte sur l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains, qu'elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale. Elle a précisé que, si elle peut être pratiquée de manière légitime à la demande de la personne concernée, par exemple comme mode de contraception, ou à des fins thérapeutiques lorsque l'existence d'une nécessité médicale est établie de façon convaincante, la situation est différente lorsqu'elle est imposée à un patient adulte et sain d'esprit sans son consentement. Selon la Cour, une telle manière de procéder est incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme, qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention »*⁴⁴⁷⁵.

1461. Elle condamne ainsi clairement le principe même des stérilisations *quasi-directes* car le consentement n'est que formel, exprimé sans réelle volonté. Ainsi, « *conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants - ou qui produit très probablement un effet de cette nature - qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée, à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de*

« Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2017, p. 329 ; VINEY F., « Changement de sexe à l'état civil : la condition de stérilité est contraire à l'article 8 CEDH, 6 avril 2017 », *AJ famille*, 2017, p. 299. Pour une approche plus critique de cette décision, MORON-PUECH B., « L'arrêt A.P., Nicot et Garçon contre France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, 03 mai 2017 ; VAUTHIER J.P., VIALLA F., « La Cour européenne des droits de l'homme condamne la France mais adresse un message à d'autres États », *Dalloz*, 2017, p. 1027.

⁴⁴⁷¹ CEDH, *A.P., Garçon et Nicot contre France*, 6 avril 2017, n° 7988512, 5247113 et 5259613, §117 et §120.

⁴⁴⁷² *Ibid.*, §126 : « *Toutes les personnes transgenres ne veulent - ou ne peuvent - pourtant pas subir un traitement ou une opération ayant de telles conséquences* ».

⁴⁴⁷³ *Ibid.*, §128.

⁴⁴⁷⁴ *Ibid.*, §130.

⁴⁴⁷⁵ *Ibid.*, §128, se référant à CEDH, *Soares de Melo contre Portugal*, 16 février 2016, n° 7285014, §§109-111. Voir aussi CEDH, *G.B. et R.B. contre République de Moldova*, 18 décembre 2012, n° 1676109, §§29-30 et 32. Voir également les propos du Commissaire européen aux droits de l'homme : « *Le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou toute autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions* » in Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et identité de genre*, 2009, p. 9.

leur intégrité physique »⁴⁴⁷⁶. Même si elle admet que le principe d'indisponibilité, de fiabilité et de cohérence de l'état civil ainsi que l'exigence de sécurité relèvent de l'intérêt général, elle estime que placer les trans devant un dilemme insoluble rompt l'équilibre entre la protection de l'intérêt général et celle des intérêts personnels⁴⁴⁷⁷.

1462. Anticipant peut-être une issue négative dans cette affaire⁴⁴⁷⁸, le législateur français va au-devant des exigences européennes et modifie l'encadrement juridique de la question trans en novembre 2016. La loi 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle instaure une nouvelle procédure de changement de sexe à l'état civil pour les personnes trans. Les conditions légales mises en place sont plus souples que les anciennes exigences prétoriennes. On peut lire cette évolution comme une atténuation de la part du droit dans la normalisation des corps et de la parenté.

2. La loi de 2016 sur la modernisation de la justice

1463. Par crainte d'une condamnation par la CEDH, et en raison d'un certain nombre d'éléments de contexte interne, tels que les divergences des juges du fond sur ce point⁴⁴⁷⁹, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle modifie la procédure de changement de sexe à l'état civil⁴⁴⁸⁰.

1464. Cette loi prévoit une démedicalisation de la procédure⁴⁴⁸¹. L'article 61-5 du Code civil dispose désormais que « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* ». La loi liste ensuite les principaux faits, dont la preuve peut être librement rapportée, qui permettent d'attester la non-conformité du sexe à

⁴⁴⁷⁶ CEDH, *A.P., Garçon et Nicot contre France*, 6 avril 2017, n° 7988512, §131.

⁴⁴⁷⁷ FERRIE S.M., « État civil - Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », *op. cit.*, p. 1. L'auteure parle de « *choix cornélien* ».

⁴⁴⁷⁸ La France modifie l'encadrement juridique du transsexualisme avant sa condamnation par la CEDH. En effet, la loi qui abolit la condition de stérilisation entre en vigueur le 19 novembre 2016, alors que la France est condamnée par la CEDH le 6 avril 2017. Ainsi, « *la décision de la CEDH était en vérité obsolète dès le jour de son prononcé* » (FERRIE S.M., « État civil - le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », *op. cit.*, p. 1 ; HAMOU S., « La condition de stérilité comme préalable au changement de sexe à l'état civil constitue une violation du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 93 ; HAUSER J., « Un sexe que je veux et quand je veux », *RTD Civ.*, 2017, p. 350). C'est ainsi davantage les craintes suscitées par le dépôt de la requête dans cette affaire et la condamnation de la Turquie en 2015 qui poussent le législateur à agir. En effet, certains observateurs craignent que le cadre français puisse finir sur la « *scellette européenne* ». Voir notamment, MORON-PUECH B., « Condition de changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y.Y. contre Turquie du 10 mars 2015 », *RDH, ADL*, mars 2015, §85.

⁴⁴⁷⁹ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁴⁸⁰ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

⁴⁴⁸¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Voir aussi, Décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil. Voir aussi, MORON-PUECH B., « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *op. cit.*

l'état civil avec le sentiment de la personne : « *Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué - qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel - qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué* ». L'article 61-6 du Code civil dispose que « *la demande est présentée devant le tribunal de grande instance* » et précise ensuite que « *le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande. Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ». Le traitement médical ne conditionne donc plus la modification de l'état civil de la personne trans⁴⁴⁸². Elle doit certes se présenter publiquement et être connue comme appartenant au sexe revendiqué, mais elle n'a pas besoin d'avoir modifié son apparence à l'aide d'un traitement hormonal ou chirurgical pour pouvoir changer son état civil⁴⁴⁸³. Seule la preuve d'un comportement social adapté à celui du sexe revendiqué est dorénavant exigée⁴⁴⁸⁴. Les conditions les plus radicales, telles que l'exigence d'irréversibilité, c'est-à-dire de réassignation sexuelle entraînant la stérilité, sont supprimées.

1465. À première vue, la loi de 2016, validée par le Conseil constitutionnel⁴⁴⁸⁵, semble désormais consacrer un droit « *à l'autodétermination de son identité de genre* »⁴⁴⁸⁶. Le fait qu'un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 15 mars 2017 opte pour une interprétation extensive de la loi, estimant que la liste légale des principaux faits qui doivent être rapportés « *n'est, ni exhaustive, ni cumulative* »⁴⁴⁸⁷,

⁴⁴⁸² HAMOU S., « La condition de stérilité comme préalable au changement de sexe à l'état civil constitue une violation du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 93. Pour un commentaire critique de la loi, jugée trop permissive, voir, PIAZZON T., « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} juin 2017, n° 55-56, p. 183 ; PENNEAU J., « Chirurgie du transsexualisme », *Répertoire de droit civil*, Corps humain et bioéthique, Article 4, §440, septembre 2012 ; PARICARD S., « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *op. cit.*, p. 585 ; MARAIS A., « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *op. cit.*, p. 1164.

⁴⁴⁸³ MARAIS A., « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *op. cit.*, p. 1164.

⁴⁴⁸⁴ Certains auteurs assimilent ces nouveaux éléments de preuve à la notion de possession d'état en droit de la filiation. Voir, en ce sens, AUFIERE P., BAROUSSE C., « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *op. cit.*, p. 580 ; PARICARD S., « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *op. cit.*, p. 585 ; LE GAG-PECH S., « Sexe, preuve et vérité », *op. cit.*, p. 5 ; REIGNÉ P., « Modification de l'état civil d'une personne transidentitaire en raison de l'irréversibilité des effets de son traitement hormonal », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2012, commentaire n° 38.

⁴⁴⁸⁵ Conseil constitutionnel, DC n° 2016-739, 17 novembre 2016, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ». Pour une critique des arguments « illogiques » avancés par la saisine, voir, PIAZZON T., « Chronique de droit privé », *op. cit.*, p. 183. Voir également, MORON-PUECH B., « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *op. cit.* ; VIALLA F., « Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *op. cit.*, p. 2351 ; MARAIS A., « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *op. cit.*, p. 1164 ; AUFIERE P., BAROUSSE C., « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *op. cit.*, p. 580.

⁴⁴⁸⁶ Voir en ce sens, CARAYON L., « Corps et personnes - état civil » in REGINE, « Droit et genre », *Daloz*, 2017, p. 985 : « Plus généralement, on peut considérer qu'en distinguant la notion juridique de sexe de l'apparence des organes sexuels, la nouvelle procédure affirme le caractère construit de l'identité de genre. Est ainsi promue l'idée d'une liberté et d'une fluidité de la détermination de l'identité ».

⁴⁴⁸⁷ CA Montpellier, 15 mars 2017 n° 160291, *Daloz* 2017, p. 816, observations F. Vialla.

en constitue un indicateur supplémentaire⁴⁴⁸⁸. En théorie, la personne n'a plus à conformer ses organes sexuels à son nouveau sexe juridique, ce qui signifie en théorie, qu'une femme anciennement homme (HtF) pourra produire des spermatozoïdes et qu'un homme anciennement femme (FtH) pourra être enceint. La France fait ainsi primer la protection de l'intégrité physique des transsexuels sur le respect de la conception jusqu'alors prédominante de l'ordre procréatif comme fondé sur une division sexuée du travail reproductif. Elle affaiblit de ce fait considérablement les effets des processus de normalisation des corps procréateurs et de la parenté des personnes trans. Il en est de même en Allemagne, où la jurisprudence de la Cour constitutionnelle assouplit le régime de modification du sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles supprimant l'exigence de stérilisation quasi-directe.

B. La suppression en Allemagne

1466. En Allemagne, c'est à nouveau le droit des droits de l'homme qui est à l'origine de l'évolution du droit applicable à la procédure de modification de l'état civil des personnes trans. C'est ainsi une décision de 1978 de la Cour constitutionnelle qui est à l'origine de l'autorisation de la modification de l'état civil par la loi de 1980⁴⁴⁸⁹. En 1982, la Cour considère ensuite que le §8 alinéa 1 de la loi de 1980, qui conditionne l'accès de la procédure de changement de sexe à l'état civil à une limite d'âge de 25 ans, est contraire à l'article 3 alinéa 1 de la Loi fondamentale relatif au principe d'égalité entre les personnes⁴⁴⁹⁰. En 2008, elle considère que la disposition qui conditionne le changement de sexe à l'état civil au fait de ne pas être marié « *est incompatible avec les articles 2 alinéa 1 et 1 alinéa 1, et 6 alinéa 1 de la Loi fondamentale, car elle conditionne la reconnaissance du nouveau sexe à l'état civil d'une personne qui a procédé à une opération de réassignation sexuelle au prononcé de son divorce* »⁴⁴⁹¹.

⁴⁴⁸⁸ CA Montpellier, 15 mars 2017 n° 160291 : « *En l'espèce, les pièces mises au débat par l'appelant, tant devant le premier juge qu'en appel, établissent que celui-ci se présente depuis plus de cinq ans auprès de l'ensemble de son entourage familial, amical et professionnel comme une personne de sexe féminin, prénommée Aline, ainsi qu'en attestent la dizaine d'attestations produites (pièces n° 4 à 13). La reconnaissance sociale, posée par la loi nouvelle du 18 novembre 2016 comme seule condition à la modification de la mention du sexe à l'état civil, ressort également d'autres documents démontrant que cette reconnaissance ne se limite pas à son entourage familial et amical mais va bien au-delà, et constitue, pour l'intéressée, une présentation publique de sa personne depuis plusieurs années. En témoignent notamment son inscription à pôle emploi, ses billets SNCF, ses cartes de fidélité auprès de différentes enseignes ou les commandes effectuées par internet sur divers sites marchands, tous au nom de Y... Aline* ». La Cour infirme ensuite la décision de première instance, considérant qu'« *il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'appelant rapporte la preuve d'une réunion suffisante de faits démontrant que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel il se présente publiquement et dans lequel il est connu au sein de son entourage familial, amical et social* ».

⁴⁴⁸⁹ BVerfG, 11 octobre 1978 - BVerfGE 49, 286, considérant 1.

⁴⁴⁹⁰ BVerfG, 16 mars 1982 - BVerfGE 60, 123, §32. Voir également BVerfG, 26 janvier 1993 - BVerfGE 88, 87.

⁴⁴⁹¹ BVerfG, 27 mai 2008 - BVerfGE 121, 175. Voir également, BVerfG, 6 décembre 2005 - BVerfGE 115, 1, considérant 2 : « *Le §7 I n° 3 de la loi n'est plus appliqué jusqu'à l'édiction d'une nouvelle mesure législative car il empêche une personne transsexuelle homosexuelle, qui n'a pas entièrement modifié son sexe, de conclure un partenariat juridiquement protégé sans perdre le prénom qu'elle souhaite porter* » (considérant 2) ; voir également §50 : « *L'appartenance sexuelle ne pas être déterminée que pas des éléments physiques. Elle dépend également de la constitution psychique d'une personne et de son ressenti personnel. Cette donnée scientifique s'exprime par le §1 de la Loi sur le transsexualisme. Elle permet à une personne [...] de changer, sous certaines conditions, son prénom, afin de pouvoir rétablir une correspondance entre le sexe ressenti et le nom. Il ne peut être porté atteinte à ce droit au prénom, qui est le résultat de la détermination de son identité sexuelle, qu'en raison de considérations particulièrement importantes d'intérêt général* ».

Une personne transsexuelle peut donc rester mariée avec une personne du même sexe. Au nom du respect du droit à l'autodétermination, la Cour transgresse ainsi le principe qu'elle avait pourtant consacré en 2002, selon lequel « *la binarité sexuelle est un principe structurel du mariage* »⁴⁴⁹². Ainsi la Cour constitutionnelle allemande participe-t-elle activement à l'évolution des droits des trans en Allemagne, en invalidant les deux premières conditions - sur quatre - posées par le §8 de la loi de 1980.

1467. En 2011, la Cour constitutionnelle allemande déclare inconstitutionnelles les deux autres conditions posées par le §8 de la loi de 1980 : l'exigence de réassignation sexuelle et de stérilisation⁴⁴⁹³. Après avoir rappelé l'importance de permettre aux personnes transsexuelles de pouvoir vivre conformément à leur sexe revendiqué, la Cour énonce qu'« *il appartient au législateur d'organiser l'ordre juridique de telle sorte [...] que le rattachement d'une personne au sexe auquel il se sent appartenir ne dépende pas de conditions intolérables* »⁴⁴⁹⁴. Elle ajoute ensuite que « *la reconnaissance juridique du sexe revendiqué par une personne ne peut pas dépendre d'une condition qui implique de graves atteintes à l'intégrité physique et des risques pour la santé, alors que l'état actuel de la science ne considère pas qu'il s'agisse d'une condition nécessaire au changement durable du sexe* »⁴⁴⁹⁵. Elle estime que « *la preuve de la durabilité du changement réside dans des conditions intolérables, contraires aux articles 2 II 1 et 1 I LF* ». Le législateur ne peut pas exiger que la reconnaissance de « *l'appartenance sexuelle d'une personne transsexuelle dépende absolument et sans exception de sa soumission à une opération de changement de sexe, qui va modifier ses caractéristiques sexuelles et la rendre stérile* »⁴⁴⁹⁶. Ainsi, si pour certaines personnes transsexuelles cette opération peut sembler nécessaire, il n'est pas concevable qu'elle soit imposée à une personne transsexuelle pour prouver le sérieux et la durabilité de son transsexualisme : « *Une opération de réassignation sexuelle constitue une atteinte massive aux droits à l'intégrité physique protégés par l'article 2 LF car elle comprend des risques médicaux et des effets secondaires* »⁴⁴⁹⁷. La nécessité de l'opération de réassignation doit ainsi être établie médicalement, par un diagnostic médical, au cas par cas. Le sérieux de la demande ne se mesure pas à la conformité des organes génitaux mais à la façon dont se comporte le transsexuel, dont il se sent dans son nouveau sexe et dont il est perçu par les autres⁴⁴⁹⁸. La Cour considère que la preuve de la stabilité du choix peut ainsi être apportée par le médecin qui s'occupe

⁴⁴⁹² BVerfG, 17 juillet 2002 - BVerfGE 105, 313, §127 (version du site) : « *Le sens de la protection de l'institution est davantage de lier le législateur lorsqu'il appréhende le mariage à certains principes structurels auquel appartient la différence des sexes des époux* » ; §126 : « *La différence des sexes des époux compte parmi les caractéristiques constitutives du mariage* » ; §134 (opinion dissidente) : « *Appartiennent aux principes structurels essentiels de l'institution du mariage la différence de sexe des époux* ».

⁴⁴⁹³ BVerfG, 11 janvier 2011 - BVerfGE 128, 109, considérant 1.

⁴⁴⁹⁴ BVerfG, 11 janvier 2011 - BVerfGE 128, 109, §51.

⁴⁴⁹⁵ *Ibid.*, §56.

⁴⁴⁹⁶ *Ibid.*, §63.

⁴⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁹⁸ *Ibid.*, §67.

de la thérapie de la personne, par l'apparence de la personne - qui peut être modifiée par un traitement hormonal - ou par son comportement, exprimé notamment par le choix de ses vêtements ou son attitude au quotidien⁴⁴⁹⁹. De la même manière,

« l'exigence de stérilité est une condition inconstitutionnelle, dès lors que sa durabilité est exigée par le biais d'une opération de réassignation sexuelle. La réalisation du droit à l'autodétermination sexuelle protégée par l'article 2 alinéa 1 en relation avec l'article 1 alinéa 1 LF se fait au détriment du droit à la protection de l'intégrité physique, sans qu'il y ait des raisons suffisantes qui justifient cette atteinte aux droits fondamentaux »⁴⁵⁰⁰.

1468. Conditionner le changement d'état civil à la stérilisation, c'est placer la personne trans devant un choix impossible : soit elle accepte de changer certaines de ses fonctions organiques - mais, dans un tel cas, le consentement n'est pas parfaitement libre, il s'agit donc d'une stérilisation forcée ; soit elle refuse et ne peut pas vivre conformément au sexe auquel elle se sent appartenir⁴⁵⁰¹. Dès lors, même si la Cour considère que protéger la conformité de l'identité procréative avec l'identité parentale est un but légitime⁴⁵⁰², elle estime que ce but n'est pas proportionné aux mesures prises, en mettant en lumière trois raisons principales. En premier lieu, elle estime que le risque qu'une discordance entre ces deux identités survienne - comme dans le cas d'un homme enceint - est rare. En deuxième lieu, elle rappelle que le traitement hormonal stérilise en général les personnes, fût-ce de manière temporaire. En troisième lieu, elle observe que l'ordre juridique autorise les personnes transsexuelles à revenir à leur sexe d'origine. En effet, le §9 en relation avec le §6 de la loi de 1980 impose au juge d'annuler la procédure de changement de sexe si la personne trans se sent finalement appartenir à son sexe de naissance. Dans un tel cas de figure, le retour au sexe de naissance est possible sans nouvelle opération. Le législateur admet donc, comme le souligne le juge, que *« toutes les personnes qui appartiennent à un même sexe n'ont pas toutes l'apparence qui correspond aux caractéristiques de ce sexe »*. Or, dans la mesure où le législateur admet que les identités sexuelle, procréative et parentale puissent être discordantes⁴⁵⁰³, il n'apparaît pas justifié d'imposer à toutes les personnes trans qui souhaitent modifier leur état civil une opération de réassignation sexuelle stérilisante.

1469. Depuis cette décision, les conditions posées par la loi de 1980 au changement de sexe à l'état civil pour les personnes trans sont toutes considérées comme inconstitutionnelles. La même procédure s'applique désormais au changement de prénom et au changement de sexe : la personne doit souffrir depuis au moins trois ans d'un sentiment d'appartenance à l'autre sexe que son sexe

⁴⁴⁹⁹ *Ibid.*, §65.

⁴⁵⁰⁰ *Ibid.*, §68.

⁴⁵⁰¹ *Ibid.*, §69.

⁴⁵⁰² Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁵⁰³ BVerfG, 11 janvier 2011 - BVerfGE 128, 109, §72.

de naissance, ce sentiment doit être *a priori* irréversible et deux experts doivent attester de ce trouble et de son caractère manifestement irréversible⁴⁵⁰⁴. Cependant, le législateur n'est jamais intervenu pour préciser, sur le plan légal, quelles devaient désormais être les modalités précises de mise en œuvre de cette procédure de changement de sexe. Depuis 2016, les pouvoirs publics semblent néanmoins s'être saisis conjointement de la question trans et intersexe, réfléchissant à l'édiction d'une nouvelle loi. En effet, depuis 2013, en Allemagne, il est possible de ne pas indiquer le sexe l'enfant qui vient de naître à l'état civil si celui-ci ne peut pas être identifié avec certitude⁴⁵⁰⁵. Dans une décision du 10 octobre 2017, la Cour constitutionnelle estime même que « *l'obligation de déclaration d'un sexe à l'état civil porte atteinte au principe d'égalité des personnes garanti par l'article 3 alinéa 3 de la LF et au principe d'épanouissement de la personnalité, consacré par les articles 1 et 2 LF, qui protège également la liberté de ceux qui ne souhaitent pas être rattachés à l'un des deux sexes et qui entendent pourtant indiquer une mention particulière à leur état civil* »⁴⁵⁰⁶. Elle invite le législateur à se saisir de la question. Depuis, la question de la mention du sexe à l'état civil, tant le cadre de la question trans que dans celui de la question des intersexes, est en débat outre-Rhin⁴⁵⁰⁷. Le 15 mai 2017, un projet de loi relatif à la « *reconnaissance de l'autodétermination de l'identité sexuelle* » était déposé au Parlement par le parti des Verts et certains parlementaires des partis de gauche⁴⁵⁰⁸ ; le 2 juin 2017, la chambre des États fédérés se prononçait pour « *la suspension de la loi sur le transsexualisme de 1980 ainsi qu'en faveur de l'édiction d'une nouvelle loi relative à la reconnaissance de l'identité de genre et pour la protection de l'autonomie décisionnelle en matière de rattachement à un sexe* »⁴⁵⁰⁹. Ces propositions n'ont cependant pas encore été votées.

1470. En France comme en Allemagne, au 21^{ème} siècle, l'encadrement juridique du transsexualisme évolue ainsi considérablement : non seulement la détermination du sexe à l'état civil semble désormais dépendre de la « *seule volonté de l'individu* »⁴⁵¹⁰, mais la suppression de la stérilisation *quasi-directe* signifie également qu'une personne transsexuelle pourrait encore procréer conformément à

⁴⁵⁰⁴ §1 et §4 TSG - Loi sur la modification du prénom et le constat d'appartenance sexuelle dans certains cas particuliers, 10 septembre 1980.

⁴⁵⁰⁵ §22 alinéa 3 PstRÄndG, Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften - loi de modification des dispositions sur l'état civil, 7 mai 2013.

⁴⁵⁰⁶ BVerfG, 10 octobre 2017 - 1 BvR 2019/16. Avant elle, le Conseil d'éthique allemand avait préconisé la même solution en 2012. Voir Deutscher Ethikrat, *Intersexualität*, 23 février 2012, p. 139.

⁴⁵⁰⁷ BMFSJ, *Geschlecht im Recht: Status Quo & Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtsidentität*, 2017 ; BMFSFJ, *Gutachten Regelungs- und Reformbedarf für trans-/geschlechtliche Menschen*, 2017.

⁴⁵⁰⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Anerkennung der selbst bestimmten Geschlechtsidentität und zur Änderung anderer Gesetze , Drucksache 18/12179, 10 mai 2017.

⁴⁵⁰⁹ Entschließung des Bundesrates zur Aufhebung des Transsexuellengesetzes sowie zur Erarbeitung eines Gesetzes zur Anerkennung der Geschlechtsidentität und zum Schutz der Selbstbestimmung bei der Geschlechterzuordnung, Drucksache 362/17, 02 juin 2017.

⁴⁵¹⁰ MARAIS A., « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *op. cit.*, p. 1164 ; PARICARD S., « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? », *op. cit.*, §35.

son sexe d'origine. Or, une telle possibilité remet fondamentalement en cause les normes de genre dans le cadre procréatif. Elle remet en cause l'assignation des hommes et des femmes à des rôles reproductifs bien définis. À première vue, le droit à l'autodétermination des individus l'emporte donc sur les prérogatives biopolitiques des États français et allemand en matière de normalisation des corps procréateurs de la parenté et, *in fine*, de *bios*. Les ordres juridiques acceptent désormais qu'un enfant puisse être engendré par des parents « anormaux » au regard des standards habituels que forment les normes de genre. Il serait toutefois erroné de croire qu'il n'existe plus aucun mécanisme de normalisation de la parenté trans. Non seulement une judiciarisation de la procédure de changement de sexe persiste encore, tant en France qu'en Allemagne - où la réforme n'est pas encore en vigueur - de sorte que le processus de normalisation des rôles sociaux de genre se poursuit par ce biais. En outre, le droit n'encadre pas la question spécifique de la procréation des personnes trans, les dispositions juridiques en vigueur étant de ce point de vue plutôt désincitatives.

II. La persistance d'une normalisation de la parenté trans en droit de la procréation

1471. Malgré la suppression de la condition de stérilisation quasi-directe, l'encadrement juridique français et allemand permet toujours la mise en œuvre de processus de normalisation des rôles sociaux et de la parenté. En ce qui concerne les rôles sociaux, il importe en effet de souligner que les droits français et allemand n'ont, ni pleinement démedicalisé⁴⁵¹¹, ni totalement déjudiciarisé, la procédure de modification de l'état civil. Comme le montrent certains auteurs, la CEDH, admet, à l'exception de la condition de stérilisation, la procédure « *médicalisée de changement de sexe* » conditionnée par une « *exigence de syndrome transsexuel* »⁴⁵¹². En France comme en Allemagne, seule l'autorité judiciaire est compétente pour modifier l'état civil d'une personne trans, aucun de ces deux pays n'ayant instauré un régime déclaratoire, à l'instar des choix opérés en Argentine ou à Malte⁴⁵¹³. La détermination de l'identité de genre ne tombe donc pas sous le coup de la « *petite souveraineté des individus* »⁴⁵¹⁴ : la personne trans doit toujours *prouver* à un juge son appartenance au sexe revendiqué et qu'elle est bien considérée par son entourage comme appartenant à celui-ci. Par conséquent, « *il est difficile de considérer que la nouvelle procédure est uniquement liée à la volonté des personnes,*

⁴⁵¹¹ Voir en ce sens, les propos de la Chambre fédérale des médecins dans sa directive de 2015 sur le traitement des enfants, des jeunes et des adultes souffrant de troubles de genre. La Chambre comprend les implications potentiellement négatives de la pathologisation du transsexualisme, tout en soulignant la nécessité d'un traitement médical de cet état : BÄK, *Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung*, *Deutsches Ärzteblatt*, 30 janvier 2015.

⁴⁵¹² MORON-PUECH B., « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, 03 mai 2017.

⁴⁵¹³ Voir l'état des lieux proposé par AVENA-ROBARDET V., « Modification de la mention du sexe à l'état civil », *AJ famille*, 2012, p. 302.

⁴⁵¹⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., *Le droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 50.

contrairement à ce qu'affirmait la saisine du Conseil constitutionnel par les députés, qui invoquait un mystérieux principe d'indisponibilité et d'immutabilité des personnes »⁴⁵¹⁵. En France et en Allemagne, la procédure implique toujours de se présenter comme appartenant au sexe revendiqué. Or, « que signifie “se présenter” dans un sexe ? S’habiller, marcher, rire “comme” une femme ou un homme ? On perçoit ici une porte ouverte aux clichés, mais surtout une obligation pour les personnes souhaitant changer de sexe de demeurer suffisamment longtemps dans une situation pénible de divergence entre leur apparence et leur état civil, le temps de constituer cette nouvelle possession d'état »⁴⁵¹⁶. Dès lors, le potentiel normalisateur de ces procédures pour les rôles sociaux de genre est encore loin d'être pleinement annihilé, comme l'attestent notamment ses effets pérennes en matière de parenté. Pour l'heure, ni le législateur français, ni le législateur allemand, ne sont intervenus au sujet de la parenté trans. Si une personne trans souhaite procréer, deux cas de figure sont envisageables. En premier lieu, elle peut procréer par la voie charnelle si ses capacités reproductives sont toujours fonctionnelles. Le problème qui pourra se poser sera alors en partie lié à la question de l'établissement de sa filiation. En second lieu, elle peut ne pas pouvoir procréer par la voie charnelle, en raison par exemple des effets stérilisants des traitements d'hormonothérapie. De très nombreux trans continuent de tels traitements afin de conformer leur appartenance à celle du sexe revendiqué⁴⁵¹⁷, ne serait-ce que parce que la loi continue d'exiger « que la personne se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ». En ce cas d'incapacité procréative, que ce soit en raison d'une ablation des organes sexuels ou de l'hormonothérapie, l'AMP constitue pour les personnes trans une autre voie procréative envisageable. Mais en réalité, les spécificités liées à l'état trans ne sont juridiquement prises en compte dans aucun de ces deux scénarios, que ce soit en droit français ou en droit allemand. L'accès des trans à l'AMP est entravé par des obstacles tant juridiques que factuels, ce qui révèle ici encore la *hiérarchisation* juridique des projets parentaux à laquelle procède le droit et, par ce biais, la pérennité de certains mécanismes de normalisation de la parenté trans (A). Pour l'hypothèse de procréation charnelle, l'obstacle que constitue un droit de la filiation « figé »⁴⁵¹⁸, « inefficace à saisir ces nouvelles réalités »,⁴⁵¹⁹ est considérable. Les difficultés pour l'établissement de la filiation des personnes trans révèlent, elles aussi, le maintien de mécanismes de normalisation diffus de la parenté trans (B).

⁴⁵¹⁵ CARAYON L., « Corps et personnes - état civil » in REGINE, « Droit et genre », *op. cit.*, p. 985.

⁴⁵¹⁶ *Ibid.* Voir aussi, MESNIL M., « La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre », *JDSAM*, 2017, n° 16, p. 62.

⁴⁵¹⁷ Voir notamment les statistiques présentées par GIAMI A., « Procréation et parentalité dans la population trans' - Genre, parcours biographique, parcours de transition », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁵¹⁸ PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation », *Dalloz*, 2018, p. 75.

⁴⁵¹⁹ *Ibid.*

A. Les obstacles dans le parcours d'AMP

1472. En France et en Allemagne, si la personne trans ne peut pas procréer par la voie charnelle en raison d'un traitement stérilisant, rien n'exclut en principe l'accès des transsexuels à une procédure d'AMP dès lors que le couple répond aux conditions posées par les textes. En France, en principe, dès lors que la « stérilité pathologique »⁴⁵²⁰ d'un couple hétérosexuel, vivant et en âge de procréer est constatée, celui-ci peut demander une AMP⁴⁵²¹. Une cinquantaine d'enfants serait d'ailleurs nés dans le cadre d'AMP concernant des trans en France⁴⁵²². Dès lors que la personne trans est en couple avec une personne de sexe opposé (qu'un homme à l'état civil est avec une femme à l'état civil), l'accès est en principe possible. Cependant, cette AMP ne pourra pas être autologue : les gamètes de la personne trans ne pourront en effet pas être utilisés car les centres d'AMP refusent, en France⁴⁵²³, l'autoconservation des gamètes des personnes trans. Or, au regard de l'important pouvoir décisionnel que l'État délègue au corps médical, la parole médicale mérite non seulement d'être prise en considération mais leur refus peut même être interprété comme un mécanisme de désincitation (juridique) à la parenté trans. En refusant l'autoconservation des gamètes, le corps médical empêche en effet le parent trans de devenir parent génétique (puisque nous analysons ici le cas dans lesquels ces derniers ne peuvent pas procréer par la voie charnelle en raison d'un traitement stérilisant). Il *biérarchise* ainsi entre les projets parentaux des personnes trans et non trans. Plus encore, il normalise la parenté trans, s'assurant dans ce cadre de la non-production de *zoe* par un parent trans encore capable de procréer conformément à son sexe d'origine. Il apparaît dès lors qu'un *bon* parent, un parent répondant au standard genré de la normalité, ne remet pas en cause les normes de genre procréatives en dissociant son identité procréative de son identité parentale ; or lui seul sera aisément admis dans un protocole d'AMP. Il ne peut certes pas accéder à une AMP autologue, utilisant ses gamètes puisque l'autoconservation

⁴⁵²⁰ Sur la question de savoir si couple est atteint d'une stérilité pathologique alors que la personne trans a consenti à la stérilisation, voir, HAUSER J., « La vie familiale du transsexuel : le temps des distinctions », *RTD Civ.*, 1998, p. 92 ; MURAT P., « Article 16 à 16-12 », *JCP*, Fascicule 40, n° 21 et 30 ; BIOY X., SIMONIAN J., SCHMITZ J., COTTÉREAU M., LICHARDOS G., VAILLANT R., COUSSENS-BARRE T., LAPEYRE M.P., MOROT-MONOMY C., POUTHIER T., ASKOFARE N.F., AMALRIC V., DEBAETS E., « Chronique des autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales », *LPA*, 27 avril 2016, n° 84, p. 4 ; VIGNEAU D., « Transsexualisme et filiation », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2013, dossier 15.

⁴⁵²¹ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

⁴⁵²² Chiffres de Pierre Jouannet cités par PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *op. cit.*, p. 75. Voir aussi, JOUANNET P., « Quand les hommes transsexuels souhaitent devenir pères par don de sperme », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 117 ; HENNETTE-VAUCHEZ S., BELLIVIER F., « Bioéthique, regards croisés sur les objets et les pratiques scientifiques et techniques », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6/2016, §28.

⁴⁵²³ En Allemagne, ni les acteurs juridiques, ni les acteurs médicaux ne se sont exprimés en aucune manière sur la question de la procréation trans. Le cas de l'Allemagne sera donc ici laissé de côté pour se concentrer sur les avis rendus par les instances médicales en France.

n'est pas autorisée (1) mais il peut en principe recourir à une AMP hétérologue (IAD) sans pour autant qu'il soit possible de dire qu'un tel recours est encouragé (2).

1. L'impossible autoconservation des gamètes des personnes trans en France

1473. En France, l'article L2141- 11 CSP dispose que « *toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité* ». Le législateur indique ici que tout traitement susceptible d'altérer la fertilité permet l'autoconservation des gamètes. Cependant, les demandes d'autoconservation des personnes trans fondées sur cette disposition du Code de la santé publique semblent être majoritairement refusées⁴⁵²⁴. À la demande du Défenseur des droits⁴⁵²⁵, l'Académie de médecine et l'Agence de la biomédecine ont explicité les raisons de ces refus⁴⁵²⁶. Les deux instances considèrent que l'autoconservation doit être refusée, principalement car il n'y a pas, dans le cas des personnes trans, d'indication médicale à l'autoconservation (a) et qu'un recours ultérieur à ces gamètes est de toute manière impossible dans la majorité des cas (b).

a. L'absence d'indication médicale à l'autoconservation

1474. L'Académie de médecine et l'ABM se fondent sur deux raisons principales pour considérer qu'il n'y a pas d'indication médicale à l'autoconservation des gamètes pour les personnes transsexuelles.

1475. Elles considèrent tout d'abord que, dans le cas d'un traitement hormonal, l'infertilité est réversible et que, par conséquent, elle ne saurait ouvrir droit à l'autoconservation. Il faut cependant souligner que la lettre de l'article L2141-11 CSP n'impose aucune condition d'irréversibilité à la fertilité. La loi précise même qu'il doit s'agir d'un traitement *susceptible* d'altérer la fertilité, ce qui indique que celle-ci n'a pas à être absolument certaine. Nombre de traitements, dans le cadre de

⁴⁵²⁴ Avis du Défenseur des droits MSP-2015-009, 22 octobre 2015, p. 1 : « *L'attention du Défenseur des droits a été appelée en juin 2013 sur la situation des personnes transsexuelles de l'homme vers la femme, envisageant de s'engager dans un parcours de transition qui se sont vues opposer par des centres d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS), des décisions de refus à la suite des demandes d'autoconservation de leurs gamètes, qu'elles avaient formulées en application des dispositions de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique* ».

⁴⁵²⁵ Avis du Défenseur des droits MSP-2015-009, *op. cit.* Voir également BIOY X., SIMONIAN J., SCHMITZ J., COTTEREAU M., LICHARDOS G., VAILLANT R., COUSSENS-BARRE T., LAPEYRE M.P., MOROT-MONOMY C., POUTHIER T., ASKOFARE N.F., AMALRIC V., DEBAETS E., « Chronique des autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales » *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵²⁶ Académie de médecine, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel*, *Bulletin de l'académie nationale de médecine*, 2014, 198, n° 3, 613-631, 25 mars 2014 ; ABM, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle*, *Avis du conseil d'orientation*, 26 juin 2014.

pathologies cancéreuses par exemple, n'entraînent en fait pas de stérilité définitive ; et c'est précisément sur un principe de précaution que s'est fondée la loi⁴⁵²⁷. Il est dès lors surprenant de constater que semble opposée aux personnes transsexuelles l'absence d'irréversibilité de leur infertilité. Ces observations ne comptent pas avec le fait qu'en toute hypothèse, la littérature médicale insiste sur le fait que si la stérilité est parfois réversible, ce n'est pas toujours le cas.

1476. Dans le cas d'une réassignation sexuelle qui entraînerait une stérilisation définitive, l'Agence de la biomédecine souligne quant à elle que :

« De deux choses l'une : soit elle est la conséquence d'un traitement médical thérapeutique, soit elle est la conséquence d'un acte médical non thérapeutique. Si l'on considère que le transsexualisme et la réassignation médico-chirurgicale relèvent de la médecine, l'autoconservation préventive de gamètes pourrait être considérée comme la prise en charge médicale palliative de la stérilité, conséquence inéluctable d'un acte médical thérapeutique à la différence de la proposition médicale d'autoconservation de gamètes faite, par exemple, à un patient opéré d'un cancer des testicules pour préserver sa capacité procréatrice ultérieure - l'autoconservation des gamètes [d'un trans] réalisée pour une réassignation justifiée médicalement soumet ici la médecine à une double demande contradictoire. Si [...] la réassignation médico-chirurgicale est considérée comme un acte médical non thérapeutique par refus de toute pathologisation et de tout diagnostic médical du transsexualisme comment justifier l'autoconservation de gamètes comme traitement palliatif d'une stérilisation sans nécessité médicale ? Il est bien demandé à la médecine de réaliser deux actes médicaux contradictoires : d'un côté, stérilisation sans nécessité médicale et, de l'autre, autoconservation des gamètes, comme traitement médical palliatif de la stérilité »⁴⁵²⁸.

1477. L'ABM semble ici considérer que si la personne se sentait réellement appartenir au sexe revendiqué, elle devrait elle-même appréhender la possibilité de procréer conformément à son sexe de naissance « *comme une anomalie* »⁴⁵²⁹. Dans les deux cas de figure, ces institutions médicales optent pour une interprétation restrictive de la loi qui n'impose textuellement, ni une stérilité définitive, ni une stérilisation à visée strictement médicale. Pour preuve, pendant de nombreuses années, les CECOS ont admis l'autoconservation des gamètes avant une vasectomie⁴⁵³⁰.

⁴⁵²⁷ CCNE, Avis n° 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, 15 juin 2017 ; voir notamment, CHALTIEL F., « Donner la vie, de quel(s) droit(s) ? Nouvelles réflexions après l'avis du comité consultatif national d'éthique », *LPA*, 20 septembre 2017, n° 187, p. 7.

⁴⁵²⁸ ABM, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵²⁹ *Ibid.*

⁴⁵³⁰ Même s'il semble que, dans les faits, ce soit désormais de moins en moins souvent le cas : Fédération française des CECOS, *Conservation des ovocytes pour convenance personnelle : point de vue de la fédération française des CECOS*, janvier 2013, p. 6 ; ABM, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle*, *op. cit.*, p. 12 : « Des demandeurs pourraient invoquer l'exemple de la vasectomie contraceptive, forme de stérilisation volontaire, qui donnait lieu avant 2001 à une autoconservation de gamètes quasi systématique, avant chirurgie. Cependant, il faut rappeler que cette autoconservation se faisait, en fait, non sur demande des sujets, cohérents avec leur choix, mais sur l'exigence des chirurgiens. La vasectomie contraceptive étant considérée par la loi comme un acte mutilant, les chirurgiens espéraient ainsi se prémunir de tout recours judiciaire ultérieur de la part de ces hommes pour perte de fertilité. Cette pratique n'entraînait pas dans un cas de conservation légalement autorisée et n'était pas prise en charge par la Sécurité Sociale. Elle est actuellement rendue obsolète par la réversibilité possible de cette stérilité et par l'autorisation légale de la vasectomie (Art L2123-1) dans le cadre de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption de grossesse et à la contraception ».

b. L'impossible usage des gamètes conservés

1478. L'Académie de médecine et l'ABM considèrent que l'autoconservation doit être refusée car, en tout état de cause, il est très peu probable qu'une personne trans puisse y recourir ultérieurement : parce que l'usage ultérieur est jugé impossible, l'autoconservation doit être refusée. Même si elle est en couple, elle ne pourra pas utiliser ces gamètes dans le cadre actuel de l'AMP. En effet, huit cas de figure sont envisageables et seulement deux d'entre eux permettent d'envisager, en l'état actuel du droit, le recours ultérieur aux gamètes du trans, qu'il s'agisse d'un homme devenu femme (HtF) ou d'une femme devenue homme (FtH) :

HtF + H	La femme n'a pas d'utérus.	Il faut recourir à la GPA, ce qui est interdit ⁴⁵³¹ .
HtF + F	Il s'agit d'un couple homosexuel.	L'accès à l'AMP n'est pas autorisé ⁴⁵³² .
FtH + H	Il s'agit d'un couple homosexuel	L'accès à l'AMP n'est pas autorisé ⁴⁵³³ .
HtF + FtH	La femme n'a pas d'utérus.	Il faut recourir à la GPA, ce qui est interdit ⁴⁵³⁴ .
HtF + HtF	Il s'agit d'un couple homosexuel	L'accès à l'AMP n'est pas autorisé ⁴⁵³⁵ .
FtH + FtH	Il s'agit d'un couple homosexuel	L'accès à l'AMP n'est pas autorisé ⁴⁵³⁶ .

1479. Ainsi, ce tableau permet de clarifier le fait que dans six cas de figure sur huit, le recours ultérieur à l'AMP ne sera pas envisageable en raison de l'état du droit qui interdit la GPA, le double don de gamètes et l'accès des couples non hétérosexuels à l'AMP. On peut cependant s'interroger

⁴⁵³¹ Article 16-7 Code civil.

⁴⁵³² Article L2141-2 CSP.

⁴⁵³³ Article L2141-2 CSP.

⁴⁵³⁴ Article 16-7 Code civil.

⁴⁵³⁵ Article L2141-2 CSP.

⁴⁵³⁶ Article L2141-2 CSP.

sur le point de savoir si cette exclusion de nombreux scénarios d'usage futur par l'état actuel du droit constitue un fondement valable au refus opposé par les autorités médicales à l'autoconservation des gamètes des personnes trans sur le fondement de l'article L2141- 11 CSP.

1480. En premier lieu, la loi ne se fonde pas sur l'usage ultérieur des gamètes pour autoriser l'autoconservation. Ainsi, l'autoconservation des gamètes n'est pas subordonnée au fait que telle jeune adolescente exprime le souhait effectif de procréer avant l'âge de la ménopause (délai à partir duquel elle ne pourra plus recourir à l'AMP, réservée aux personnes n'étant plus « en âge de procréer ») - ou que tel jeune adolescent précise qu'il n'est pas homosexuel. Autrement dit, l'autoconservation des gamètes telle qu'elle est proposée et pratiquée pour les patients non trans ne prend pas en compte la question de savoir si et dans quelle mesure la demande d'AMP que les personnes pourraient formuler dans le futur serait, ou non, recevable en l'état actuel du droit⁴⁵³⁷. C'est bien plutôt la potentialité d'une procréation qui est protégée par la disposition relative à l'autoconservation, mais non la certitude qu'elle se réalisera dans le cadre légal. Rien ne permet, par ailleurs, d'affirmer que le cadre législatif ne sera jamais modifié⁴⁵³⁸.

1481. En second lieu, il importe de s'attacher à ce que révèle l'analyse des deux cas de figure dans lesquels l'autoconservation de gamètes par des personnes trans pourrait être envisageable -parce qu'ils pourraient prétendre, par la suite, accéder à l'AMP dans le cadre légal actuel.

FtH + HtF	Une AMP pourrait être envisagée avec les ovocytes conservés du FtH et le sperme conservé de HtF.
FtH + F	Une AMP pourrait être envisagée avec les ovocytes du FtH et un don de sperme

1482. Pourtant, l'Académie de médecine considère à propos de ces hypothèses que la possibilité « d'un père légal qui serait mère biologique » ou d'un « père biologique qui serait mère légale » serait « une situation à risque » pour les enfants⁴⁵³⁹, de telle sorte qu'elle ne saurait être admise. Admettre ce type d'AMP porterait selon elle une atteinte trop importante à la concordance entre les identités sexuelle,

⁴⁵³⁷ HÉRAULT L., «La gestion médicale de la parenté trans en France», *Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine*, 23/2015, p. 174.

⁴⁵³⁸ Les récents débats sur l'ouverture de la PMA aux couples de femmes ou aux femmes célibataires le montrent. Voir notamment, CCNE, Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, 15 juin 2017.

⁴⁵³⁹ Académie de médecine, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel*, *op. cit.*, p. 626.

procréative et parentale⁴⁵⁴⁰ ; atteinte jugée contraire à l'intérêt de l'enfant, au cœur de l'argumentaire développé. En ce sens, l'Académie de médecine indique que

« les intérêts de l'enfant doivent être pris en compte à l'instar des recommandations existantes pour l'ensemble des actes d'assistance médicale à la procréation [...] Étant donné l'absence presque totale de connaissances et les incertitudes existantes, les questions relatives à la procréation et à la parentalité des personnes ayant changé de sexe ou de genre devraient faire l'objet de recherches qui devraient notamment évaluer le développement et le vécu des enfants et des adolescents conçus dans ces circonstances ».

1483. Tandis que l'ABM souligne que

« sur le plan éthique, dans une perspective, non prédictive certes, mais préventive en raison de la responsabilité de la société vis-à-vis des enfants, on doit se demander si l'on peut exposer volontairement des enfants à une situation dont les risques nous sont inconnus mais sur laquelle nous pouvons faire l'hypothèse de risques psychiques majeurs pour leur développement, par analogie avec ce que nous connaissons des risques d'échecs de la filiation via l'AMP ou l'adoption. Ne sommes-nous pas là aux limites du désir d'enfant par rapport aux "droits de l'enfant", en particulier celui d'être protégé d'une situation de trop grande vulnérabilité et de trop grand risque ? »

1484. Il semble dès lors que les arguments déployés aient surtout à voir avec une certaine conception de la parenté et de la famille. En effet, ce qui est jugé problématique ici, c'est avant tout qu'une personne trans puisse procréer de manière conforme à son sexe de naissance et, partant, de manière non conforme à son sexe actuel. En revanche, l'Académie de médecine et l'ABM estiment que la personne trans peut devenir parent par le biais d'une IAD, elles en ont fait même un argument pour refuser l'autoconservation.

2. Le difficile accès à l'IAD pour les personnes trans

1485. L'Académie de médecine désapprouve l'autoconservation des gamètes de la personne trans mais non le recours à l'IAD. Elle considère même que la possibilité qu'ont les personnes trans d'accéder à l'IAD est un argument supplémentaire justifiant le refus de l'autoconservation des gamètes. Il faut cependant souligner que l'autoconservation se fonde sur l'idée selon laquelle il serait toujours préférable d'engendrer avec ses propres gamètes qu'avec celles d'un tiers. La suprématie accordée par la loi à la FIV sur l'IAD⁴⁵⁴¹ en est une illustration. Permettre l'autoconservation favorise donc la parenté génétique sur la parenté sociale. Tel n'est toutefois pas le cas en matière de transsexualisme. Le maintien d'une parenté génétique n'est pas jugé souhaitable. Il apparaît probable que cela soit lié à une volonté de maintenir une correspondance entre l'identité procréative et sexuelle de la personne trans. Encore faut-il toutefois que la personne trans puisse accéder à une IAD. En effet, en Allemagne, le recours à l'IAD n'est pas encouragé par

⁴⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁵⁴¹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

le droit⁴⁵⁴². Non seulement l'IAD n'est pas remboursée, mais la directive de la Commission fédérale des médecins et des caisses d'assurance maladie précise que l'AMP n'est pas prise en charge après une stérilisation. On suppose donc que même si le recours aux gamètes autoconservés est envisageable, la manœuvre ne sera pas prise en charge⁴⁵⁴³. En tout état de cause, dans les deux pays, on l'a vu⁴⁵⁴⁴, l'admission ou le refus d'un couple dans le parcours d'AMP dépend du pouvoir discrétionnaire du corps médical. Or, s'il semble que ce dernier accepte effectivement la prise en charge des personnes trans. Cependant, des travaux sociologiques relatent que dans un tel cas de figure le couple est tout de même soumis à un protocole spécifique⁴⁵⁴⁵. Non seulement la personne trans doit faire l'objet d'une consultation psychiatrique supplémentaire - qui vise à identifier la réalité d'un trouble de l'identité de genre - mais un suivi clinique prospectif est encore imposé par les médecins qui souhaitent alors rencontrer les parents et les enfants tous les deux ans⁴⁵⁴⁶. En parallèle, il semble que certaines équipes demandent même aux personnes trans non opérées de procéder à une ablation des organes génitaux afin « d'éviter toute ambiguïté ou toute incohérence »⁴⁵⁴⁷. La manœuvre peut être analysée comme servant le maintien du cadre pseudo-procréatif imposé par la loi. Ainsi, « ces ovaires et ces utérus, pourtant non fonctionnels et a priori non mobilisés, dont on exige l'ablation sont à replacer [...] dans le cadre de la représentation pseudo thérapeutique habituelle de la PMA »⁴⁵⁴⁸. Cela étant, il est aisé de supposer qu'une telle opération assure ici à nouveau la conformité de l'identité sexuelle de la personne trans avec son identité parentale future car une telle opération n'étant jamais exigée lorsque l'homme co-auteur du projet parental n'est pas irréversiblement stérile. Une personne appréhendée comme *père* dans le cadre d'une IAD ne saurait ensuite tomber enceint et engendrer en tant que *mère*. C'est la raison pour laquelle les équipes médicales semblent plus enclines à accepter les trans opérés, en considérant que cette opération est la preuve qu'ils s'identifient pleinement au sexe revendiqué et que, partant, ils se comporteront comme de « vrais » bons pères⁴⁵⁴⁹ pour leur enfant, respectant ainsi la distribution genrée des rôles parentaux.

1486. Ainsi, les demandes d'autoconservation de gamètes des personnes trans ne sont pas appréhendées de la même manière que celles des personnes non trans. Le refus de conservation des gamètes des personnes trans met ainsi en lumière une *hiérarchisation* dans l'appréhension de leurs éventuels projets parentaux futurs. Tandis que le désir d'un homme non trans de devenir

⁴⁵⁴² Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 2). En ce qui concerne la pratique, l'accès à des informations concrètes est difficile.

⁴⁵⁴³ BaAK, *Richtlinie des Bundesaussschusses über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung*, *op. cit.*, §2.

⁴⁵⁴⁴ Cf. *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2).

⁴⁵⁴⁵ JOUANNET P., « Quand les hommes transsexuels souhaitent devenir pères par don de sperme », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 118 et suivantes.

⁴⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁴⁸ HÉRAULT L., « La gestion médicale de la parenté trans en France », *op. cit.*, §5.

⁴⁵⁴⁹ *Ibid.*, §13.

parent génétique est reconnu comme légitime par le droit qui lui accorde la possibilité de conserver ses gamètes, le désir de parenté génétique d'un homme trans est jugé illégitime car « contradictoire » et attentatoire à l'intérêt de l'enfant. Ce qui est ici pensé comme contraire au bon développement de l'enfant, ce n'est pas tant la parenté trans en tant que telle - puisque, bien que peu encouragée, elle est malgré tout rendue possible par l'admission des personnes trans dans le parcours d'AMP mais la parenté génétique. C'est la dissociation *sexuelle* entre l'identité procréative et parentale qui est d'ailleurs qualifiée de situation « à risque » pour l'intérêt de l'enfant. Pour l'Académie de médecine et l'ABM, il semble dès lors qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un parent trans qui aurait engendré conformément à son sexe de naissance, c'est-à-dire de manière non conforme aux normes de genre procréatives. Une parenté conforme à l'intérêt de l'enfant - c'est-à-dire une parenté qui mérite d'être aidée *via* l'AMP - respecte la répartition sexuée des tâches procréatives et des rôles parentaux. Un *bon* parent engendre conformément à son sexe social et juridique : une femme engendre avant tout par la grossesse et par l'accouchement, l'homme par un apport de spermatozoïdes, et si une procédure de conversion sexuelle sans stérilisation rend possible une dissociation entre identités procréative et sociale ou parentale, la personne se doit alors d'engendrer par le biais d'une IAD. Les propos de ces deux institutions médicales semblent, eux aussi, mettre en lumière une crainte de la figure de « l'homme enceint » susceptible de remettre en question les normes de genre procréatives et la répartition sexuée des fonctions parentales⁴⁵⁵⁰. La manière dont le droit de la filiation appréhende les rares cas de figure dans lesquels la procréation trans conduit précisément à une dissociation entre identité procréative et parentale assoit cette hypothèse analytique.

B. Les obstacles à l'établissement d'un lien de parenté conforme au sexe revendiqué

1487. Si la question de l'établissement de la parenté trans est encore aujourd'hui marginale, elle doit malgré tout être abordée car c'est précisément à la marge que s'affirment ou se révèlent les normes. L'appréhension par le droit de la question de la parenté trans peut en ce sens être considérée comme paradigmatique de la manière dont le droit tend à favoriser - là où il le peut, c'est-à-dire le plus souvent en dehors des cas de procréations charnelles et lorsqu'il est justement amené à se prononcer sur des cas qui par définition sont exceptionnels - la production de la vie bonne. En ce sens, il faut observer que les droits français et allemand ne créent pas de droit de la filiation spécifique à la question de la parenté des trans⁴⁵⁵¹. S'ils posent le principe au regard duquel les filiations établies avant le changement de sexe ne sont pas susceptibles d'être modifiées (1), c'est

⁴⁵⁵⁰ Cf. *supra* (partie 2, titre 2, chapitre 2).

⁴⁵⁵¹ PARICARD S., « Vers un droit de la filiation spécial de la filiation ? », *op. cit.*, p. 75.

le droit commun qui encadre la question de l'établissement de la filiation d'une personne trans qui aurait procréé par la voie charnelle après sa transformation. Or, actuellement, ni le droit français, ni le droit allemand n'admettent de dissociation entre identité parentale et procréation. Partant, lorsqu'une personne trans procréée conformément à son sexe d'origine, en matière de filiation, son changement de sexe devient « transparent » et elle obtient le statut de parent qui correspond à son mode d'engendrement. Ainsi, si la personne trans ne se conforme pas aux règles du jeu en procréant conformément à son sexe d'origine, sa nouvelle identité ne sera pas prise en compte par le droit dans la détermination de son statut parental, le droit mettant par ce biais en œuvre des mécanismes diffus, latents - mais tout aussi efficaces - de normalisation de la parenté (2).

1. La filiation des trans déjà parents avant leur conversion

1488. En Allemagne, la question de la parenté des personnes transsexuelles est régie par le §11 de la loi de 1980. Il dispose que « *la décision de modification du sexe à l'état civil ne modifie pas la relation juridique qui existe entre le demandeur et ses parents, ou entre le demandeur et ses enfants [...]* ». En France, le nouvel article 61-8 du Code civil dispose que « *la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers, ni sur les filiations établies avant cette modification* ». Avant la loi de 2016, la Cour de cassation déclare en 2006 que le changement de sexe ne produit d'effets juridiques que pour l'avenir⁴⁵⁵². Par conséquent, le changement de sexe d'une personne à l'état civil ne remet pas en cause les liens de filiation déjà établis⁴⁵⁵³. Ainsi, en France et en Allemagne, la modification de l'état civil n'entraîne pas une modification du statut parental⁴⁵⁵⁴ : celui qui procréé « en tant qu'homme » sera *toujours* le père tandis que celle qui procréé « en tant que » femme sera *toujours* la mère. L'acte de naissance étant pensé comme un « *réceptacle de l'histoire juridique de la personne* »⁴⁵⁵⁵, il permet ainsi de « *rappeler son état antérieur* »⁴⁵⁵⁶.

⁴⁵⁵² CC, 1^{re} chambre civile, 14 novembre 2006, n° 0410058 ; CA Lyon, 15 mai 2007, n° 0603761 ; CA Versailles, 21 novembre 1984 ; TGI Paris, 4 février 1992. 64 CA Paris, 2 juillet 1998, chambre 1, section c : « *La présente décision rendue en matière d'état des personnes n'aura d'effets que pour l'avenir et que contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, elle ne remet pas en cause les énonciations de l'acte de naissance du fils de l'intéressé* ». Voir également, VIGNEAU D., « Transsexualisme et filiation », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2013, dossier 15.

⁴⁵⁵³ PALAUX-SIMONNET B., « Droit à l'enfant et transsexualisme », in BRUNETTI-PONS C., *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, Mission Droit et Justice, Université de Reims, 2015-2017, p. 144.

⁴⁵⁵⁴ Voir sur ce point, POURE V., « Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? », *UNAF*, 2013/1, n° 10 p. 176 ; BENOS C., « Les conséquences juridiques du traitement du transsexualisme », in DEFFAINS N., PY B., *Le sexe et la norme*, *op. cit.*, p. 277.

⁴⁵⁵⁵ PARICARD S., « Vers un droit de la filiation spécial de la filiation ? », *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵⁵⁶ *Ibid.*

1489. Cela étant, cette règle semble toutefois pouvoir mener à une situation quelque peu paradoxale⁴⁵⁵⁷ : un FtH qui a eu, avant son changement de sexe, un premier enfant, sera sa mère mais si elle en a un second à la suite de sa conversion, *via* une IAD, il sera son père⁴⁵⁵⁸. Or, de telles divergences sont susceptibles de mettre en lumière le caractère construit du genre et des parentés⁴⁵⁵⁹. En effet, si une personne peut être à la fois père et mère, c'est que la parenté ne découle pas d'un *fait biologique* incontestable mais qu'il s'agit d'une construction juridique et sociale. Admettre qu'une même personne puisse avoir deux identités parentales indique ainsi que le genre comme les fonctions parentales ne découlent pas d'une vérité naturelle indiscutable mais sont aussi définis par des règles juridiques et sociales⁴⁵⁶⁰. Cependant, les ordres juridiques semblent prêts à admettre qu'une personne soit à la fois père *et* mère de ses enfants si cela permet de ne pas remettre en cause les fondements *biologiques* de la parenté. Il semble préférable d'accepter, dans quelques rares cas, qu'une personne dispose de deux statuts parentaux différents plutôt que de remettre en question l'idée selon laquelle c'est l'accouchement qui fonde la maternité et, dans une moindre mesure⁴⁵⁶¹, l'apport de sperme la paternité. La manière dont le droit appréhende la procréation des personnes trans *après* leur changement de sexe vient à l'appui de cette hypothèse.

2. La filiation des parents trans après leur changement de sexe

1490. Le juge allemand, et, de manière encore plus exceptionnelle, le juge français sont désormais confrontés à la question de savoir comment définir l'identité parentale de la personne trans qui a procréé après son changement de sexe. Face à la question de savoir s'il importe de prendre en compte l'identité sexuelle de la personne ou son rôle dans l'engendrement, les juges français et allemands n'adoptent pas tout à fait le même raisonnement : tandis que le juge allemand décide de fonder la détermination de la parenté sur le rôle exercé par la personne dans l'engendrement de l'enfant, rendant le changement de sexe « *comme transparent* » (a), le juge du tribunal de grande instance de Montpellier semble aller encore plus loin et refuser l'établissement de la parenté de la

⁴⁵⁵⁷ Sur cette situation jugée paradoxale, voir notamment : PHILIPPOT A., « Devenir homme ou femme : l'identité sexuelle à nouveau devant la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 11 ; DEPADT-SEBAG V., « La situation juridique de l'enfant au sein des nouvelles configurations familiales », *LPA*, 09 mars 2012, n° 50, p. 26 ; BATTEUR A., « Refus de changement de l'état civil et transidentité », *EDFP*, 15 mai 2013, n° 5, p. 3.

⁴⁵⁵⁸ Pour une critique, voir, LABRUSSE-RIOU C., « Sciences de la vie et légitimité », *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, 1994, p. 295 : « C'est évidemment le principe même de la différenciation sexuelle qui est ici en cause ; or, la possibilité même de l'alliance des sexes suppose cette différence. Brouillons les pistes et personne ne sait plus qui il est. Plus grave est le sort des enfants du transsexuel qui subissent du fait du changement d'état de leur parent une véritable permutation de leur filiation paternelle en maternelle ou vice et versa » ; MÉMETEAU G., « Transsexualisme et débat de société », *op. cit.*, p. 147 : « Ce brouillage des identités contribue à la rupture des repères sociaux ».

⁴⁵⁵⁹ Même si, par ailleurs, cette discordance peut tout à fait convenir aux personnes trans qui n'entendent pas forcément revenir sur leur première identité parentale. Voir sur ce point, HÉRAULT L., « Procréer à la manière des femmes, engendrer en tant qu'homme », in HÉRAULT L., *La parenté transgenre*, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁵⁶⁰ Sur ce point, voir notamment SALAS D., *Sujet de chair, sujet de droit, La justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, Paris, p. 106.

⁴⁵⁶¹ Cf. *supra* (partie 2, titre 1, chapitre 2).

personne trans - hors le cas de l'adoption - sauf à considérer le changement de sexe comme caduc (b).

a. La filiation des parents trans après leur changement de sexe en Allemagne

1491. En Allemagne, le juge a été confronté à plusieurs occasions à la question de l'établissement de la parenté trans. Il a posé le principe selon lequel l'établissement de la filiation doit procéder de l'analyse du rôle de la personne dans l'engendrement de l'enfant.

1492. Ainsi, le 29 septembre 2017⁴⁵⁶², la Cour fédérale de justice estime que le HtF qui procréé grâce à son sperme cryoconservé ne peut être considéré que comme le père de l'enfant : « *Un trans homme vers femme, qui a engendré un enfant grâce à son sperme conservé, né après la décision juridique de changement de sexe, ne peut obtenir, en droit de la filiation, que la place de père et non celle de la mère* »⁴⁵⁶³.

1493. Par ailleurs, confrontée à la figure de l'homme enceint, la Cour fédérale de justice considère le 6 septembre 2017 que le FtH qui a porté et accouché de l'enfant doit être considéré comme la mère de l'enfant au regard du §1591 du Code civil allemand⁴⁵⁶⁴. Il ne revient pas sur le principe selon lequel c'est la grossesse et l'accouchement qui fonde la maternité, fussent-ils réalisés par un homme : « *Un trans femme vers homme, qui a mis au monde un enfant après la décision juridique de changement de sexe est, au sens juridique, la mère de l'enfant. Il doit être mentionné comme tel tant dans l'acte de naissance que dans les extraits d'acte d'état civil où des indications sur les parents doivent être mentionnées avec son ancien prénom féminin* »⁴⁵⁶⁵. Dans cet arrêt, la Cour fédérale reprend l'argumentaire de la Cour d'appel de Berlin de 2014. Elle se fondait notamment sur le §5 alinéa 3 de la Loi de 1980 pour juger que « *l'état civil des enfants biologiques ou adoptés de la personne trans doit mentionner les prénoms d'origine de la personne transsexuelle* »⁴⁵⁶⁶. Elle s'appuyait également sur le §11 de la loi qui dispose que « *la décision de modification du sexe à l'état civil ne modifie pas la relation juridique qui existe entre le demandeur et ses parents, ou entre le demandeur et ses enfants [...]* » pour établir la maternité du requérant. Elle considère qu'au regard de ses dispositions le législateur souhaitait que « *le statut de parent du transsexuel ne puisse jamais être modifié* »⁴⁵⁶⁷. La Cour d'appel et la Cour fédérale de justice considèrent le rattachement du

⁴⁵⁶² BGH, 29 septembre 2017, VZR19/16.

⁴⁵⁶³ *Ibid.*

⁴⁵⁶⁴ BGH, 6 septembre 2017, XII ZB 660/14. Voir sur cette décision, TOLMEIN O., « Eintragung eines F zu M Trans als Mutter im Geburtenregister », *NJW*, 2017, p. 3379 ; JANETT T. « F zu M Trans ist im Rechtsinne Mutter », *NZFam*, 2017, p. 1051.

⁴⁵⁶⁵ BGH, 6 septembre 2017, XII ZB 660/14. Voir aussi, AG Schöneberg, 13 décembre 2013, 71 III 254/13 ; KG Berlin, 30 octobre 2014, 1 W 48/14.

⁴⁵⁶⁶ §5 alinéa 3 TSG.

⁴⁵⁶⁷ KG Berlin, 30 octobre 2014, 1 W 48/14, p. 3. Au regard des projets de loi relatifs à la loi sur le transsexualisme que la Cour examine, elle observe que, même si le législateur pose une condition de stérilité, il envisage malgré tout la possibilité que

requérant à la maternité conforme à la Loi fondamentale car cette dernière n'impose pas un droit de la filiation « *neutre du point de vue genre* »⁴⁵⁶⁸. Or, le droit de la filiation a toujours appréhendé le processus de procréation au regard du sexe de la personne, « *le §1591 faisant de la femme qui accouche la mère et le §1592 du géniteur le père* »⁴⁵⁶⁹. Il ne découle pas de la Loi fondamentale une obligation de réduire la paternité et la maternité à leur seule fonction sociale car le lien entre sexe et fonctions reproductives est indéniablement biologique. Preuve de ce que la Loi fondamentale ne le conteste pas, l'article 6 alinéa 4 prévoit une protection spécifique pour les seules *mères* biologiques. Qui plus est, ce rattachement protège le droit à la connaissance de ses origines de l'enfant qui saura exactement par qui il a été engendré. Il ne représente pas non plus une rupture d'égalité car le requérant se trouve dans une situation différente de celle des autres hommes qui n'ont pas la capacité de porter un enfant⁴⁵⁷⁰. La Cour ne méconnaît pas que la reconnaissance de la maternité ne corresponde ici, ni à la nouvelle identité sexuée du requérant, ni au rôle parental qu'elle aimerait exercer, elle considère que les droits de la personnalité - protégés par l'article 2 aliéna 1 LF - sont notamment limités par le respect d'autres dispositions juridiques, à l'instar du §1591 du Code civil ou du §11 de la loi de 1980. Partant, les juges considèrent que la question de la parenté trans peut et doit être appréhendée au regard des règles de droit commun de la filiation fondée sur une appréhension biologique de la procréation⁴⁵⁷¹.

1494. Ainsi, en Allemagne, la procréation de la personne trans est reconnue par le droit qui admet l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant mais le changement de sexe de la personne est alors invisibilisé. Au nom d'une conception biologique de la procréation, c'est un objectif de conformité entre identité parentale et identité procréative que poursuit le droit de la filiation. Tel n'est pas exactement le cas en France, où le juge semble avoir encore plus de difficultés à concevoir, sur le plan juridique, la reconnaissance en droit de la filiation de la procréation des personnes trans.

la personne transsexuelle puisse encore engendrer après la modification de son état civil. Elle se fonde aussi sur le fait qu'une version antérieure du §11 alinéa 1 disposait que « *la filiation entre le requérant et ses enfants reste inchangée dès lors qu'ils sont nés avant la décision de modification de l'état civil* » (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen, BT Drucks 8/2947, p. 5). Dans le même sens, OLG Köln, FamRZ 2010, 741, 742 ; AG Münster, 4 janvier 2016, 22 III 12/15 juris Rn.

⁴⁵⁶⁸ BGH, 6 septembre 2017, XII ZB 660/14.

⁴⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid.* Voir aussi, KG Berlin, 30 octobre 2014 - 1 W 48/14, p. 4.

⁴⁵⁷¹ Pour un avis critique : TOLMEIN O., « Eintragung eines F zu M Trans als Mutter im Geburtenregister », *NJW*, 2017, p. 3379.

b. La filiation des parents trans après leur changement de sexe en France

1495. En France, la question de la procréation trans n'est, à ce jour, pas à l'origine d'un important volume contentieux ; il semble que seuls les juges du fond de TGI de Montpellier aient eu, en 2016, à se prononcer sur la question de l'établissement de la parenté d'une trans HtF qui avait eu un enfant avec son épouse dans le cadre d'une procréation charnelle⁴⁵⁷². Eu égard à son rôle dans l'engendrement, la trans HtF avait procédé à une reconnaissance de paternité dont il demandait au TGI la retranscription sur l'acte de naissance de l'enfant. Le juge a refusé de faire droit à sa demande. Non seulement il a considéré que la personne trans HtF ne saurait être considérée comme la seconde mère de l'enfant (l'établissement d'un double lien de filiation n'étant possible que par le biais de l'adoption, et l'apport de spermatozoïdes ne pouvant « *correspondre en droit qu'à une filiation paternelle* »), mais il refuse également la reconnaissance. Ainsi, même s'il considère qu'en principe la conception d'un enfant avec le sperme d'une personne fait de cette personne le père, il n'établit pas un lien de filiation paternelle entre l'enfant et l'homme ayant changé de sexe⁴⁵⁷³, considérant que

*« par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique [...] fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences, à savoir soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine, soit engager une procédure d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe et rester dans son sexe féminin »*⁴⁵⁷⁴.

Ainsi, une personne trans ne peut devenir parent qu'en renonçant à sa nouvelle identité sexuée ou en adoptant son enfant biologique. Les alternatives offertes ici par le juge à la personne trans mettent alors en lumière l'incapacité du droit à concevoir la parenté génétique de la personne trans. Comme le soulignent Jean-Pierre VAUTHIER et François VIALLA :

*« Cette position [...] conduit insidieusement à voir réapparaître la condition de stérilisation. La réassignation n'est plus une condition exigée par le droit, mais l'utilisation des organes sexuels à des fins de procréation conduirait à remettre en cause la modification de la mention de sexe à l'état civil [...] une telle remise en cause conduirait à une stérilisation "sociale" des personnes transidentitaires en leur interdisant, sinon toute sexualité, du moins la possibilité d'engendrer »*⁴⁵⁷⁵.

1496. Ainsi, soit la personne renonce à procréer, soit elle renonce à son changement de sexe, soit elle doit adopter l'enfant, ce qui signifie « *entamer un véritable parcours judiciaire pour adopter [...] alors que l'enfant est biologiquement le sien, ce qui est une solution en soi contestable. Mais au-delà de cet aspect, la*

⁴⁵⁷² TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n° 1505019 ; VAUTHIER J. P., VIALLA F., J.P., « *Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier* », *Dalloz*, 2017, p. 137.

⁴⁵⁷³ PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵⁷⁴ TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n° 1505019.

⁴⁵⁷⁵ VAUTHIER J.P., VIALLA F., « *Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier* », *op. cit.*, p. 137.

filiation adoptive est [...] aléatoire »⁴⁵⁷⁶. En effet, même si la procédure d'adoption du conjoint est plus souple, elle dépend de l'appréciation du juge et elle est conditionnée par le consentement du parent qui a déjà établi sa filiation avec l'enfant⁴⁵⁷⁷. Un tel aléa pourrait alors être considéré comme contraire à l'intérêt de l'enfant, notamment tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que la garantie des droits fondamentaux de l'enfant impose d'établir sa filiation conformément à la vérité biologique. Il n'est par ailleurs pas exclu qu'il soit davantage dans l'intérêt de l'enfant d'avoir « *un parent épanoui, ou tout au moins en phase avec son identité telle qu'inscrite dans son état civil et ne souffrant pas d'une distorsion éventuelle entre les deux* » plutôt qu'un parent qui aura dû renoncer à sa nouvelle identité pour pouvoir établir un lien de filiation avec l'enfant. Le droit français se fondant sur une pathologisation du transsexualisme, il est étonnant que le juge propose ici à la personne HtF de renoncer à ce qu'il a longtemps considéré comme étant un « traitement » médical pour pouvoir reconnaître son enfant. Le droit français semble ici aller encore plus loin que le droit allemand : il ne fait pas momentanément abstraction de la nouvelle identité sexuée de la personne trans, il n'envisage que la caducité du changement de sexe⁴⁵⁷⁸ ou l'adoption pour admettre l'établissement de la filiation. Il refuse ici d'admettre la reconnaissance d'une filiation, fondée sur une dissociation entre identités parentale, sexuelle et procréative⁴⁵⁷⁹. À la différence du droit allemand, le juge français n'admet pas qu'il puisse y avoir dissociation entre identité sexuée et parentale dès lors qu'il y a conformité entre identité procréative et parentale, jugeant manifestement contradictoire le fait de procréer conformément à son sexe de naissance après une conversion sexuelle. Cette contradiction - dont on peut aisément supposer qu'elle n'est pas sans lien avec une certaine conception des normes de genre dans le champ procréatif - est opposée à la requérante trans HtF qui ne peut dès lors devenir parent que par le biais de l'adoption.

1497. Une personne trans ne peut dès lors pas devenir parent *génétique* qu'au prix d'une éventuelle renonciation à son changement de sexe ou en acceptant que son identité parentale ne soit pas conforme à sa nouvelle identité sexuée. En ce sens, l'hypothèse analytique de processus de normalisation de la parenté trans portés par le droit de la filiation paraît confortée. Si la personne trans ne souhaite pas devenir parent génétique, elle peut, en particulier en France, envisager le recours à l'IAD. Ce recours ne lui est pas prohibé dès lors qu'elle accepte de se conformer

⁴⁵⁷⁶ PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁷⁸ MORON-PUECH B., « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel », *op. cit.* : « Faudra-t-il considérer que, pour des personnes ayant changé la mention de leur sexe à l'état civil, le fait d'engendrer avec leurs gamètes d'origine rendra caduque la décision prononçant le changement de leur sexe ? ».

⁴⁵⁷⁹ Certains auteurs considèrent, avant la décision du TGI de Montpellier, que « s'agissant des enfants qui pourraient naître après la conversion sexuelle, le même principe conduirait naturellement à se fonder sur le sexe parental au moment de la naissance » (KERNALEGUEN F., « Les incidences de la biomédecine sur la parenté en droit », in FEUILLET-LIGER B., CRESPO-BRAUNER M.C., *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, *op. cit.*, p. 121).

pleinement à sa nouvelle identité, par le biais d'une éventuelle stérilisation, et au prix d'un suivi approfondi, permettant manifestement de s'assurer du *bon* développement de l'enfant.

Conclusion du chapitre 2

1498. En France et en Allemagne, la non-production de la vie est parfois préférée à son développement dans un cadre jugé non conforme à son bon développement. En Allemagne, en ce qui concerne la question de la parenté des personnes handicapées mentales, ce n'est toutefois pas la normalisation qui justifie à titre principal l'autorisation de la stérilisation. Cette dernière ne peut en principe servir que la *seule* protection de la personne handicapée contre les traumatismes éventuellement engendrés par une grossesse. Même si elle a pour conséquence une atteinte à l'intégrité physique, celle-ci n'est pas légitimée par la protection de la vie en devenir, par le maintien d'un cadre assurant la bonne transformation de *zoe* en *bios* à travers la figure du parent « normal ». En France, en revanche, les finalités du dispositif de stérilisation sont moins explicites, la stérilisation pouvant plus certainement qu'en Allemagne servir une normalisation de la parenté, à comprendre ici comme un encouragement à la production du *bon* parent. En ce qui concerne la question trans, son traitement juridique est plus similaire dans les deux pays. Autrefois autorisée à fins thérapeutiques et normalisatrices, la stérilisation non pleinement consentie est aujourd'hui interdite. La montée en puissance des droits fondamentaux vient une fois de plus atténuer la portée du biopouvoir, entendu ici comme un pouvoir qui s'exerce positivement sur la vie afin de la *faire vivre*. Le *faire vivre* ne poursuit cependant pas seulement des fins *quantitatives* (multiplier la vie) mais également *qualitatives* (produire la vie bonne). En ce sens, d'autres mécanismes de normalisation apparaissent en aval, à l'instar du droit de la filiation, pour s'assurer, dans les deux pays, qu'une personne qui a porté un enfant ne pourra être reconnue que comme la mère de celui-ci ou que l'apport de sperme ne peut fonder que la paternité. Partant, les modalités d'exercice de la normalisation se transforment de nouveau mais ses logiques profondes ne disparaissent pas : le traitement juridique du transsexualisme met ainsi une fois de plus en lumière l'incapacité du droit à redéfinir les fondements *naturalistes* de la maternité, pensés comme l'un des éléments fondamentaux de la conception juridiquement *idéale* de la famille « normale ».

Conclusion du titre 2

1499. Au-delà du genre, c'est aussi à l'aune d'une certaine conception de la normalité physique et mentale que les ordres juridiques *normalisent* les produits procréatifs, c'est-à-dire vie à naître, et la parenté. Par ce biais, c'est une certaine conception de la famille *idéale* que le droit dessine en filigranes : celle dénuée de handicaps ou de maladies graves.

1500. Cette normalisation joue en parallèle de la normalisation de la parenté à l'aune d'une certaine conception du genre ; les critères de normalisation se confondant même parfois, comme le montre le traitement juridique du transsexualisme. La pathologisation de certains comportements se fait notamment au regard de certaines normes de genre.

1501. Mais la spécificité de la normalisation à l'aune d'une certaine conception de la normalité physique et mentale est qu'elle renvoie, plus directement que la normalisation à l'aune d'une certaine conception du genre, à la question eugénique. Cela explique notamment que la normalisation *directe* des produits procréatifs (de la vie à naître) et des corps procréatifs (de la parenté) soit désormais pleinement interdite, car rappelant pour certaines des pratiques passées hautement contraires aux droits fondamentaux. La normalisation ne peut être qu'indirecte, ne passer que par des formes diffuses et latentes d'incitations à tel ou tel comportement procréatif ou parental. Même en ce qui concerne la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales, la stérilisation ne saurait être, en principe, directe puisque le refus explicite de la personne concernée emporte en principe interdiction de la stérilisation. Cependant, sans contester d'aucune manière les difficultés que peut engendrer la parenté d'une personne handicapée mentale pour elle-même et pour son entourage, il n'est pas certain que le cadre juridique, particulièrement en France, soit suffisant pour éviter la mise en œuvre d'une normalisation directe, ou du moins quasi-directe, de la parenté. En tout état de cause, la stérilisation, fût-elle strictement encadrée et mise en œuvre dans le seul et unique but de protéger la personne concernée, produit une normalisation de la parenté, qu'elle soit pensée ou non comme l'une des finalités des dispositions juridiques.

Conclusion de la partie 2

1502. Les ordres juridiques français et allemand normalisent la vie principalement par le biais d'une normalisation de la parenté, que ce soit à l'aune d'une certaine conception des normes de genre, et en particulier de la maternité, ou d'une certaine conception du *bon* parent dénué de handicap ou de maladies psychiques. C'est avant tout sur les conditions qui entourent la naissance de l'enfant et qui encadreront ensuite son développement que se manifeste la normalisation. Le droit, en France et en Allemagne, crée ainsi le schème du parent *idéal*, aidant ainsi davantage la procréation des individus qui correspondent à ce modèle que ceux qui n'y correspondent pas, et refusant, au contraire, la non-procréation des personnes susceptibles d'entrer dans la catégorie des *bons* parents. Le droit favorise, en parallèle, également la naissance de *certaines* vies : celles qui font l'objet d'un projet parental présent et certain (celles qui en sont dénuées peuvent être détruites) et celles qui sont dénuées de handicap et de maladies graves, normalisant ainsi de manière indirecte, diffuse et latente la production des produits procréatifs. Pour preuve, le droit incite à la réalisation de diagnostics prénatals et rend possible l'IMG sans délai aucun, alors même que l'IVG n'est réalisable que dans un délai de 12 semaines. La protection de la santé, psychique et physique, de la femme enceinte, explique certes qu'un tel délai lui soit accordé pour pouvoir éventuellement interrompre sa grossesse, mais passer ce délai, elle se doit en revanche d'accepter les conséquences d'un rapport sexuel procréatif, notamment pour correspondre à l'image que se fait le droit de la *bonne* mère. Elle peut certes décider d'accoucher sous X, à condition toutefois que cette possibilité lui soit réellement offerte.

1503. Utiliser la puissance problématisante du biopouvoir pour analyser le droit de la procréation permet ainsi de mettre en lumière certains contours de la *vie bonne* que le droit dessine. En effet, le biopouvoir a été pensé par Michel FOUCAULT et par Giorgio AGAMBEN, comme un pouvoir qui s'exerce positivement sur la vie non pas seulement pour assurer sa multiplication (son maintien quantitatif) mais également pour favoriser sa majoration (son maintien qualitatif). Partir de cette hypothèse a dès lors de dévoiler une partie du *contenu* que le droit souhaite donner à la *vie bonne*. Mais cela permet aussi de dévoiler les *outils* que le droit utilise à ces fins. Non loin de reposer aujourd'hui seulement sur la sanction, la contrainte ou des techniques de *pouvoir*, le biopouvoir opère dans le domaine procréatif bien davantage fondé par le biais de techniques diffuses et latentes de normalisation.

CONCLUSION GÉNÉRALE DE LA THÈSE

1504. Le présent travail est parti du constat de la montée en puissance de la juridicisation des questions procréatives, particulièrement en France mais aussi en Allemagne où, même si l'intervention législative était à l'origine moins conséquente, on observe une accélération récente du travail législatif dans le domaine de la procréation.⁴⁵⁸⁰ Cette inflation de l'encadrement juridique des questions procréatives est classiquement présentée comme servant à établir une conciliation entre, d'un côté, la consécration réputée toujours plus avancée d'une liberté procréative des individus et, de l'autre, la protection de la société et de l'être humain contre les potentielles dérives que permettent les nouvelles technologies de la reproduction. D'une part, la valeur absolue de la vie humaine était donc réaffirmée dans le cadre procréatif⁴⁵⁸¹, tandis que, d'autre part, des atteintes à la vie étaient rendues possibles afin de permettre aux individus de faire des choix procréatifs. L'atteinte à la vie nue avant la nidation était autorisée pour permettre aux femmes de recourir à des inhibiteurs de nidation⁴⁵⁸², l'atteinte à la vie de moins de 12 semaines pour permettre aux femmes d'interrompre une grossesse non désirée⁴⁵⁸³ et l'atteinte à la vie de l'embryon surnuméraire pour permettre aux couples infertiles de mettre efficacement en œuvre une AMP⁴⁵⁸⁴. On l'a vu, le renforcement de l'autonomie procréative des individus a ainsi été présenté comme le facteur explicatif des atteintes autorisées à la vie nue - *zoe*⁴⁵⁸⁵. Il est certain que l'importante libéralisation de certaines techniques de reproduction, à l'instar de l'IVG en France par exemple, vient assoir cette hypothèse explicative. En France et en Allemagne, dans les failles laissées par le droit dans la protection de *zoe*, c'est donc à titre principal l'autonomie procréative, négative ou positive, que nombre d'auteurs et d'analystes ont cru voir apparaître.

⁴⁵⁸⁰ En moins de cinq ans, le législateur a édicté deux lois : la loi sur l'accouchement anonyme (Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt - Loi d'aide aux femmes enceintes et réglementant l'accouchement anonyme, 28 août 2013) et la loi sur l'accès à l'identité du donneur de sperme (Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen - loi sur la réglementation du droit à la connaissance de ses origines en cas d'IAD, 17 juillet 2017) ; cherchant toutes deux à garantir le droit à la connaissance de ses origines des enfants (cf. *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 2)).

⁴⁵⁸¹ L'article 16 du Code civil - adopté par la loi de 1994 - insiste, qui plus est sur la personnalisation du fœtus en modifiant les termes de la loi de 1975 et en remplaçant la formule « *la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* » par celle prescrivant que « *la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

⁴⁵⁸² Cf. *supra* (chapitre 2).

⁴⁵⁸³ Cf. *supra* (chapitre 2).

⁴⁵⁸⁴ Cf. *supra* (chapitre 2).

⁴⁵⁸⁵ ROUVILLOIS F., *Libertés fondamentales*, Paris, Flammarion, 2001, p. 222 ; LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 276 ; RUBELLIN-DEVICHI J., « Le droit de l'interruption de grossesse », *LPA*, 1996, n° 69, p. 22 ; MISTRETTA P., « Interruption volontaire de grossesse », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2009 ; MEMETEAU G., « Jurisprudence - avortement, à propos de CA Bordeaux, avril 2007 Gerhard X contre Ministère public et autres », *Gazette du palais*, n° 214, 2007, p. 11 ; VIGNEAU D., « Le droit libéral de l'avortement », *Revue générale de droit médical*, 6/2001, p. 207.

1505. Cependant, une autre clé de lecture est possible pour expliquer les lacunes juridiques de la protection de la vie : l'objet de cette thèse a ainsi été de suggérer que celles-ci pouvaient être lues comme autant de choix opérés par l'exercice du biopouvoir, d'un pouvoir qui s'exerce sur la vie afin de la *faire vivre* (mais surtout de favoriser la production de la *vie bonne*). Ce dernier compterait ainsi, au moins autant que l'idée de liberté procréative, dans l'état discontinu de la protection juridique de la vie. Cette clé de lecture permet de comprendre la centralité de la médicalisation de la contraception, de l'avortement et de l'AMP en France et en Allemagne ; médicalisation qui transcende les types d'encadrements juridiques par ailleurs très différents de ces questions. Malgré les divergences des systèmes français et allemand quant au type d'encadrement de la vie, la médicalisation de la contraception, de l'avortement et de l'AMP est commune aux deux ordres juridiques. Cette transcendance opérée par la médicalisation au sein des deux ordres juridiques suggère que ce n'est pas l'autonomie procréative, ou l'idée de liberté, qui explique, à titre principal, la protection discontinue de la vie, mais bien plutôt la mise en place d'un nouveau mode de régulation des comportements procréatifs, paradigmatique de la manifestation du biopouvoir, qui s'immisce dans les failles que le droit laisse dans la protection juridique de *zoe*.

1506. Une telle grille d'analyse permet de rendre compte du fait que le droit de la procréation ne tend pas à protéger *toutes les vies* de la même manière. Au-delà des divergences quant à l'intensité de l'affirmation rhétorique de la protection ontologique (et axiologique) de la vie, cet encadrement biopolitique de la vie n'entend pas protéger la seule vie biologique mais créer des *seuils*, des *catégories*, des *hiérarchies* au sein de la protection de la vie. Au-delà des divergences quant au type d'encadrement mis en place (administratif, rigide et détaillé en France ; pénal et constitutionnel, plus incitatif que contraignant et peu détaillé en Allemagne), on retrouve, en droit de la procréation, dans les deux pays la manifestation d'un pouvoir tendant à *faire vivre* seulement *certaines* vies en particulier. Cette clé de lecture permet alors de mettre en lumière les processus de normalisation auxquels le droit procède, en large part, précisément, grâce à la médicalisation des questions procréatives qu'il a construite en amont. Malgré des contextes historiques et juridiques différents, c'est donc un encadrement biopolitique des questions procréatives qui se retrouve en France et en Allemagne. En fonction des pays, en raison de leurs contextes historiques, sociaux et politiques divergents, et selon les questions qui doivent être tranchées, les outils du biopouvoir s'expriment sous des formes diversifiées. Ils ont cependant pour point commun de favoriser, en tout état de cause, la production d'un standard de la vie bonne, de *bios*.

1507. Les critères de *bios* varient très certainement d'un pays à l'autre. En effet, c'est à l'aune du contexte historique, politique et social dans lequel il s'inscrit que le droit produit et construit les

critères de la *vie bonne*. Ce standard de définition de la *vie bonne* et les choix opérés en matière de procréation ne sont pas la résultante de données biologiques ou naturelles que le droit se devrait de respecter, mais le fruit de choix politiques. Partant, les critères de *bios* varient dans l'espace et le temps. Ainsi, la prochaine réforme de bioéthique en France, prévue pour la fin de 2018 ou l'année 2019 prévoit, par exemple, l'ouverture de l'AMP aux femmes célibataires et aux couples de femmes⁴⁵⁸⁶. Si une telle réforme venait à se concrétiser, cela modifierait l'un des critères de la *bonne* parenté jusqu'alors maintenu avec constance par le droit français : l'hétérosexualité du couple parental. Cela affaiblirait l'un des processus de normalisation jusqu'alors mis en œuvre par le droit pour normaliser la parenté à l'aune d'une certaine conception du genre : le modèle pseudo-procréatif. L'idée de liberté, voire d'autonomie procréative, serait ici alors susceptible de l'emporter sur la protection de l'institution familiale traditionnelle.

1508. De manière générale, on a pu observer que l'influence croissante du droit des droits de l'homme avait affaibli le plein exercice du biopouvoir et des processus de normalisation qu'il soutend. Le paradigme des droits de l'homme a en effet interrogé certains mécanismes de normalisation, à l'instar par exemple de la stérilisation des transsexuels ou de la non-reconnaissance des GPA légalement réalisées à l'étranger, et contraint les législateurs à renoncer à certains d'entre eux. Il serait cependant erroné de croire que ce paradigme tend à faire disparaître la normalisation. Celle-ci persiste, sous des formes renouvelées, le biopouvoir n'étant en effet pas tant un *contenu* qu'un *contenant*.

1509. Si certains processus de normalisation, autrefois contraires au droit de l'homme, apparaissent aujourd'hui conformes aux standards de protection posés par le droit des libertés fondamentales, c'est parce que les processus de normalisation s'exercent désormais souvent de manière indirecte, latente et diffuse, cherchant davantage à orienter les comportements procréatifs qu'à les contraindre, par la mise en œuvre notamment d'une biopolitique déléguée. Elle fonctionne à la fois grâce à la collaboration du corps médical, grâce à celle des individus eux-mêmes et grâce aux outils variés du biopouvoir - principalement fondés sur des techniques de soi, à l'instar de la surveillance, de la consultation (*i.e.* de la parole), de la responsabilisation ou des incitations financières⁴⁵⁸⁷. Ainsi, la régulation des comportements procréatifs n'est plus aussi *verticale* qu'autrefois. Elle n'est plus fondée sur un rapport d'obéissance entre l'État et les individus mais opère de manière bien plus *horizontale*. Il serait cependant parfaitement erroné d'en conclure que le

⁴⁵⁸⁶ En sa faveur : CNOM, *Extension de l'AMP*, 20 septembre 2018 ; HCE, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, 26 mai 2015 ; Avis du Défenseur des droits n° 15-18 du 3 juillet 2015 ; CCNE Avis n° 126, *Les demandes sociétales de recours à l'AMP*, *op. cit.* ; CCNE, Avis n° 129, *Contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018-2019*, 25 septembre 2018. Pour un positionnement plus réservé : CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain*, *op. cit.*

⁴⁵⁸⁷ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.*

rôle de l'État faiblit en la matière. Le nombre croissant de lois qui apparaissent dans le domaine procréatif indique en effet que la gestion des comportements procréatifs reste une préoccupation importante du pouvoir politique. Même en Allemagne - où historiquement le législateur intervient bien moins qu'en France pour réglementer les questions de la contraception, de l'IVG ou, plus récemment, de l'AMP -, on observe aujourd'hui une juridicisation croissante des questions procréatives. Le législateur se refuse certes toujours à encadrer, dans le détail, les procédures d'AMP mais le corps médical est récemment intervenu, en mai 2018, pour actualiser l'encadrement des pratiques médicales en la matière⁴⁵⁸⁸. Partant, non seulement le rôle du législateur croît mais la pérennité d'un encadrement corporatiste médical des questions procréatives indique que la question fait toujours l'objet d'une approche institutionnalisée : encore plus qu'en France, c'est par le biais d'une biopolitique déléguée au corps médical que l'État intervient en Allemagne.

1510. Or, si en France comme en Allemagne, les critères de *bios* se transforment - la France envisage, on l'a dit, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et la dernière directive de la Chambre médicale allemande a elle aussi supprimé les conditions d'accès fondées sur une conception traditionnelle du modèle familial - rien n'indique pour le moment une démedicalisation ou une dé(bio)politisation du champ procréatif. La production normative en droit de la procréation reste largement influencée par la sphère médicale et les institutions médicales demeurent des acteurs clés de la régulation bioéthique. Le droit de la procréation constitue donc un terrain privilégié d'exercice du biopouvoir. On observe, en ce sens, qu'il n'est nullement question d'organiser un « accès libre » à l'AMP. Même si les couples de femmes pourront demain peut-être y accéder, l'exercice de cette liberté reste enserré dans le cadre médical qu'a construit le droit. Les couples de femmes, comme les couples hétérosexuels, devront notamment faire l'objet d'un certain nombre de consultations et *parler* avec un médecin pour pouvoir obtenir une IAD⁴⁵⁸⁹. Reste également à déterminer si le droit admettra le remboursement de cette pratique, en insistant notamment, à l'instar du CNOM, sur la *souffrance* ressentie par ces couples qui nécessitent dès lors une aide médicale (en maintenant une pathologisation partielle de la question) ou s'il s'y refusera, admettant implicitement, comme en Allemagne, une réticence vis-à-vis de cette pratique. On observe également que des mécanismes de *responsabilisation* restent à l'œuvre. Ainsi, dans son avis de 2017, le CCNE approuve l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes en soulignant que « *concevoir un enfant dans un contexte homoparental, par exemple, est un projet longuement réfléchi, concerté, qui fait de la*

⁴⁵⁸⁸ BÄK, *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, *op. cit.*

⁴⁵⁸⁹ MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, *op. cit.* ; cf *supra* (partie 1, titre 1, chapitre 1) ; (partie 1, titre 1, chapitre 2).

grossesse un événement programmé et désiré »⁴⁵⁹⁰. Dès lors, ce ne sont pas *tous les couples de femmes* qui sont pensés comme méritant d'accéder à une AMP ; mais les couples de femmes qui ont un projet parental mûrement réfléchi ; qui ont planifié la naissance d'un enfant désiré (au regard des conditions affectives, matérielles et sociales qui assureront son *bon* développement) et qui savent ainsi se montrer responsables.

1511. À l'heure où le droit au respect de la vie privée est affirmé avec force par les instances de protection des droits de l'homme, le droit intervient de manière exponentielle dans un des domaines les plus intimes qui soient : la procréation. La juridicisation des questions procréatives permet et accompagne indéniablement l'expression des libertés procréatives (négative ou positive). Ce faisant, il force néanmoins des standards et des normes de comportement. L'objet de la thèse a été de mettre en évidence le fait que, en parallèle de certaines formes de protection de la vie et de la consécration de certaines libertés individuelles, le droit *normalise* également la vie, qu'il *produit* du *bios*.

⁴⁵⁹⁰ CCNE Avis n° 126, *Les demandes sociétales de recours à l'AMP*, *op. cit.*, p. 27.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES JURIDIQUES (monographies, thèses et mémoires)

Ouvrages en français

ANDORNO (Roberto), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 12, Paris, LGDJ 1996.

ARCHER (François), *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris, L'harmattan, 2003.

ARNOUX (Irma), *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse, Bordeaux, 1994, p. 190.

AUBERT-MARSON (Dominique), *Histoire de l'eugénisme*, Paris, Ellipses, 2010.

BACHELARD-JOBARD (Carol), *L'eugénisme, la science et le droit*, PUF, 2001.

BASSET (Antoine), *Pour en finir avec l'interprétation*, Thèse de droit public, Nanterre, 2014.

BATTEUR (Annick), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ, 2017.

BAUD (Jean-Pierre), *Le droit de vie et de mort - Archéologie de la bioéthique*, Paris, Paris, 2001.

BELLIVIER (Florence), *Le patrimoine génétique de l'humanité, aspects juridiques*, Thèse de droit privé, Université Paris 1 - La Sorbonne, 1997.

BENABENT (Alain), *La famille*, 4^{ème} édition, Paris, Litec, 1990, n° 487.

BINET (Jean-René), *Droit médical*, Montchrestien, Paris, 2010.

BINET (Jean-René), *Droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, 2017.

BIOY (Xavier), *Le concept de personne humaine en droit public- recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2003.

BIOY (Xavier), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 2013.

BIOY (Xavier), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 2016.

BIOY (Xavier), *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, 2016.

BOBBIO (Noberto), *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012.

BONGERT (Yvonne), *Histoire du droit pénal ; Cours de doctorat*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2012.

BORGETTO (Michel), *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993.

BORGETTO (Michel), *Sécurité sociale : démocratie et modernisation*, Paris, LDGJ, 1998.

BORRILLO (Daniel) *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009.

BORRILLO (Daniel), *L'homme propriétaire de lui-même - Le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, Thèse de doctorant, Strasbourg, 1991.

BOURDILLON (François), MESNIL (Marie), *Mieux prendre en compte la santé des femmes*, éditions santé et presses de sciences Po, collection séminaire, 2013.

BOUVIER (Françoise), *Maternité et liberté - avortement, contraception, statut de l'embryon*, Paris, L'harmattan, 2012.

BRANDLARD (Jean-Pierre), *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LDGJ, 1993.

BRUSORIO-AILLAUD (Marjorie), *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Paradigmes, 2011.

BURDEAU (Georges), *Libertés Publiques*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 1972.

CABALLERO (Francis), *Le droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010.

CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), REVET (Thierry), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2005.

CARAYON (Lisa), *La catégorisation des corps - Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Thèse de droit privé, Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, 2016.

CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^{ème} édition, 2000.

CARBASSE (Jean Marie), *La peine de mort*, Paris, PUF, 2011.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, Themis, PUF, 1969.

CASADAMONT (Guy), PONCELA (Pierrette), *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004.

CASTALDO (André), TAUBIRA (Christine), *Codes Noirs. De l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006.

CATTO (Marie Xavière), *Principe d'indisponibilité du corps humain*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, 2014.

CAYLA (Olivier), THOMAS (Yann), *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2004.

CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016.

COLOMBET (Claude), *La famille*, Paris, PUF, 1985.

CORNU (Gérard) *Droit civil, Introduction, Les personnes*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2007.

DEGUERGUE (Marise), *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994.

DELPHY (Christine), *L'ennemi principal 2, Penser le genre*, Paris, Syllepses, 2013.

DENIZEAU (Charlotte), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Vuibert, 2010.

DEPADT-SEBAG (Valérie), *Anonymiser la vie ? Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, Paris, LGDJ, 2017.

DHONTE-ISNARD (Emmanuelle), *L'embryon humain in vitro et le droit*, Paris, Harmattan, 2004.

DUPRÉ DE BOULOIS (Xavier), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018.

FABRE-MAGNAN (Muriel), *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.

FENOUILLET (Dominique), TERRÉ (François), *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996.

FONDIMARE (Elsa), *L'impossible indifférenciation. Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2018.

FONDIMARE (Elsa), *La justification des limitations aux libertés individuelles par la proclamation d'un droit fondamental à la sécurité*, Mémoire de Master, Université Paris Nanterre, 2010.

GALLUS (Nicole), ADAM (Christophe), *Droits des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012.

GAUMONT-PRAT (Hélène), *Bioéthique et droit - l'assistance médicale à la procréation*, Bordeaux, les études hospitalières, 2011.

GIRARD (Charlotte), *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010.

GIUDICELLI (André), *Génétique humaine et droit - à la redécouverte de l'homme*, Thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 1993.

GOUBEAUX (Gilles), *Droit civil*, tome 1, Paris LGDJ, 1997.

GRÜNDLER (Tatiana), *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, Harmattan, 2004.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *Le droit de la bioéthique*, Paris, La découverte, 2009.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), PICHARD (Marc) (dir.), *La loi et le genre : étude critique du droit français*, Éditions CNRS, 2014.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), PICHARD (Marc) (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013.

HORN (Ruth), *Le droit de mourir - choisir sa fin de vie en France et en Allemagne*, Presses Universitaires de Rennes, 2013.

IACUB (Marcela), JOUANNET (Pierre), *Juger la vie - les choix médicaux en matière de procréation*, La découverte, 2001.

IACUB (Marcela), *Le crime était presque sexuel et autres essais casuistiques*, Paris, Flammarion, 2003.

IACUB (Marcela), *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, 2002.

IACUB (Marcela), *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004.

ISRAEL (Jean-Jacques), *Droits des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998.

JESTAZ (Philippe), JAMIN (Chrisophe), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

JOUANJAN (Olivier), *Justifier l'injustifiable - l'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017.

KERMALVEZEN (Audrey), *Mes origines : une affaire d'État*, Paris, Max Milo, 2014.

LABBÉE (Xavier), *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presses universitaires de Lille, 1990.

LABRUSSE-RIOU (Catherine), BAUDOUIN (Jean-Louis), *Produire l'homme - de quel droit ? - étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, 1987.

LABRUSSE-RIOU (Catherine), *Droit de la famille. Les personnes*, Issy-les-Moulineaux, Masson, 1^{ère} édition, 1984.

- LAGARDE (Emmanuelle), *Le principe d'autonomie personnelle - étude sur la disposition corporelle en droit européen*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2012.
- LEGRAND (Pierre), *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2016.
- LANTERO (Caroline), *Le droit de la responsabilité hospitalière*, Paris, Éditions Papyrus, 2010.
- LARRALDE (Jean Manuel), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- LAUDE (Anne), BERTRAND (Mathieu), TABUTEAU (Didier), *Droit de la santé*, Paris, PUF, 2012.
- LE NAOUR (Jean Yves), VALENTI (Catherine), *Histoire de l'avortement (XIX-XX)*, Paris, Le Seuil, 2003.
- LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 276.
- LE MINTIER-FEUILLET (Brigitte) (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté : approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- LE MINTIER-FEUILLET (Brigitte) (dir.), *Corps de la femme et biomédecine : approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- LETTERON (Roselyne), *Le droit de la procréation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.
- LETTERON R., COLLIARD (Jean-Claude), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2005.
- LUPINSKA (Johanna), *La procréation humaine en droit pénal français et polonais comparé*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Lorraine, 2012.
- MALAURIE (Philippe), *La famille*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1989.
- MASTRAIS (Astrid), *La procréation pour tous*, Paris, Dalloz, 2015.
- MARTINAGE (Renée), *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, PUF, 1998.
- MARTY (Pierre), RAYNAUD (Gabriel), *Les personnes*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1976.
- MATHIEU (Bertrand), *Le droit de la bioéthique*, Paris, Dalloz, 2009.
- MATTÉI (Jean François), *Les droits de la vie*, Paris, Odile Jacob, 1996.
- MATTIUSSI (Julie), *L'apparence de la personne physique - pour la reconnaissance d'une liberté*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris 1, 2016.
- MAYAUD (Yves), *Droit civil, les personnes*, Paris, Ellipses, 1997.
- MAZEAUD (Jean), *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 1997.
- MESNIL (Marie), *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Descartes, 2015.
- MIAILLE (Michelle), *Une introduction critique au droit*, Paris, éditions François Maspero, 1982.
- MILLARD (Éric), *La famille en droit public*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Toulouse, 1994.
- MIRKOVIC (Aude), *La personne humaine : étude visant à clarifier la situation en droit de l'enfant à naître*, Thèse de doctorat en droit privé, Presse Universitaire d'Aix-en-provence, 2003.
- MONIER (Sophie), *Les comités d'éthique et le droit - Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, Paris, Harmattan, 2005.

- MOQUET-AUGER (Marie-Laure), *Droit hospitalier*, Paris, LGDJ, 2012.
- MORON-PUECH (Benjamin), *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de droit privé, Banque des mémoires de l'Université Panthéon Assas, 2010.
- MUZNY (Petr), *La liberté de la personne sur son corps*, Paris, Dalloz, 2010.
- NEIRICK (Claire), *L'état civil dans tous ces états*, Paris, LGDJ, 2008.
- NEIRINCK (Claire) (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, LGDJ, 1994.
- NISAND (Israel), ARAUJO-ATTALI (Luisa), SCHILLINGER DECKER (Anne Laure), *L'IVG*, Paris, PUF, 2012.
- PARIZER-KRIEF (Karène), *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation, France, Allemagne et Grande-Bretagne*, Thèse de doctorat en études politiques, EHESS, 2014.
- PHILIPPOT (Alice), *L'être humain au commencement de sa vie*, Thèse de doctorat en droit privé, Paris 1, 2012.
- PICHARD (Marc), *Le droit à - étude de législation française*, Paris, Économica, 2006.
- PONCELA (Pierrette), *Droit de la peine*, PUF, 1995.
- PONCELA (Pierrette), LASCOUMES (Pierre) LENOEL (Pierre), *Au nom de l'ordre - une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989.
- PORRET (Michel), *Le droit de punir - Beccaria*, Paris, Éditions Michalon, 2003.
- PRADEL (Jean), *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989.
- RENAUT (Marie Hélène), *Histoire du droit pénal*, Paris, Ellipses, 2005.
- REVET (Thierry), PAVIA (Marie Luce) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Économica, 1999.
- RIBEYRE (Cédric), *Fin de vie et droit pénal - le risque pénal dans les situations de fin de vie*, Paris, Éditions CUJAS, 2014.
- RIVERO (Jean), *Les libertés publiques*, tome 1 « Les droits de l'homme », Paris, PUF, 1974.
- ROBAYE (René), *Le droit romain*, Harmattan, 2014.
- ROBCIS (Camille), *La loi de la parenté, La famille, les experts, et la République*, Paris, éditions Fahrenheit, 2016.
- ROMAN (Diane) (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Rapport scientifique, 2010.
- ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LDGJ, 2002.
- ROUSSELET (Marcel), *Histoire de la justice*, Paris, PUF, 1976.
- ROUVILLOIS (Frédéric), *Libertés fondamentales*, Paris, Flammarion, 2001.
- ROYER (Jean Pierre), *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2010.
- SALAS (Denis), *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, Paris, 1994.
- SCHAMPS (Geneviève), SOSSON (Jehanne), *La gestation pour autrui : Vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

SCHMIDLIN (Bruno), *Droit privé romain, origines et sources, famille bien successions*, 2^{ème} édition, Faculté de droit de Genève, 2012.

SOREL (Jean Marc), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie) (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

SOUPLET (Isabelle), *La perte de chance dans le droit de la responsabilité médicale*, Mémoire de DEA, Université de Lille, 2002.

STRINGRE (Didier), *Le service public hospitalier*, Paris, PUF, 2012.

TERRÉ (François), *Le suicide*, Paris, PUF, 1994.

TERRÉ (François), FENOUILLET (Dominique), *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 2005, p. 137.

TERRÉ (François), *L'enfant de l'esclave : génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987.

TISSIER (Delphine), *La protection du corps humain*, Paris, Harmattan, 2013.

TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006.

VIGNEAU (Daniel), *L'enfant à naître*, Thèse de doctorat en droit, Université Toulouse 1, 1988.

VINCENT-LEGOUX (Marie Caroline), *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, PUF, 2001.

WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 2017.

WEILL (Alex), TERRÉ (François), *Les personnes, la famille, les incapacités*, 5^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1983.

ZATTARA-GROS (Anne-Françoise) (dir.), *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013.

Ouvrages en allemand

AHLWEDE (Alexander), *Der Nationale und der Deutsche Ethikrat - Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Einflüsse Politikberatung auf die staatliche Entscheidungsbildung*, Berne, Peter Lang, 2008.

ALEXY (Robert), *Theorie der Grundrechte*, Berlin, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1986.

BERGER (Friedrich), *Selbsttötung und Beteiligung am Suizid in strafrechtlicher Sicht*, Seminararbeit, Leipzig, 2010.

BERNARD (Astrid), *Der Schwangerschaftsabbruch aus zivilrechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des nasciturus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.

BEULKE (Werner), *Klausurenkurs im Strafrecht III*, 4^{ème} édition, Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH (Barbara), *PID als Rechtsproblem*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2002, p. 113.

BREWE (Manuela), *Embryonenschutz und Stammzellgesetz; Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen*, Springer, Berlin Heidelberg, 2006.

BUDZIKIEWICZ (Christine), *Materielle Statureinheit und kollisionsrechtliche Statusverbesserung*, Mohr Siebeck, 2007.

BÜDENBENDER (Ulrich), *Der vorläufige Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung und einstweilige Anordnung im Nichtehelichenrecht*, Bielefeld, Gieseking verlag, 1975.

- BURSCHE (Ulrike) *Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte, Nationale und Internationale Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- DETJEN (Joachim), *Die Werteordnung des GG*, Berlin, Springer, Verlag für Sozialwissenschaften, 2009.
- DEYNET K.A., *Die Rechtsstellung des Nasciturus und der noch nicht erzeugten Person im deutschen, französischen, englischen und schottischen bürgerlichen Recht*, Frankfurt am Main, u.a., 1960.
- DIEDRICH (Klaus), LUDWIG (Michael), GRIESINGER (Georg), *Reproduktionsmedizin*, Berlin, Springer, 2013, p. 587.
- DIEFENBACH (Anne-Kathrin), *Leihmutterchaft rechtliche Problem der für andere übernommenen Mutterchaft*, Dissertation, Darmstadt, 1990.
- GIWER (Elisabeth), *Rechtsfragen der PID*, Berlin, Duncker&Humblot, 2001.
- DOLDERER (Anja-Beatrice), *Menschenwürde und Spätabbruch*, Berlin, Springer, 2012.
- DREIER (Horst), *Bioethik, Politik und Verfassung*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2013.
- EHRENREICH (Nancy), *The reproductive Rights reader*, New York University press, 2008.
- ESER (Albin), VON LUTTEROTTI (Markus), SPORKEN (Paul), *Lexikon Medizin, Ethik und Recht*, Herder, Freiburg, 1989.
- FÄRBER-HUSEMANN (Renate), DÄUBLER-GUMELIN (Herta), *§218 Der tägliche Kampf*, 1994.
- FINOKALIOTIS (Konstantin), *Der Schutz des Rechts auf Leben im Völkerrecht nach dem zweiten Weltkrieg. Unter Berücksichtigung der griechischen Verfassung von 1975*, Thèse, München, 1977.
- FISCHER (Ann-Christin), *Straflose Mitwirkung am Suizid oder strafbare Fremdtötung*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2011.
- FOLJANTY (Lena), LEMBKE (Ulrike), *Feministische Rechtswissenschaft - Ein Studienbuch*, Nomos Verlag, 2006.
- FREUDIGER (Kerstin), *Selbstbestimmung der Frau und Verfassung - Die Auseinandersetzung um die Reform des §218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, Offizin Verlag Hannover, 1995.
- GERHARD (Ute), *Frauen in der Geschichte des Rechts - Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München, C.H. Beck'sche, 1997.
- GROPP (Walter), *Der straflose Schwangerschaftsabbruch*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981.
- GÜNTHER (Stefan), *Der Kindeswohlbegriff als Zulässigkeitskriterium für die In-vitro-Fertilisation*, Dissertation, Bad Homburg, 1996.
- HARRER (Herbert), *Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung, Recht und Medizin*, Berne, Peter Lang, 1989.
- HANDKE (Hidegard), *Die Kindstötung - rechtshistorisch und rechtsvergleichend*, Berliner Diss, Breslau-Neukirch, 1937.
- HAUBERICH (Sabine), *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht - Eine Darstellung am Beispiel der*
- HEITZMANN (Barbara), *Rechtsbewusstsein in der Demokratie - Schwangerschaftsabbruch und Rechtsverständnis*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2002.

- HELM (Martin), *Das neue Sterilisationsrecht und der historische Hintergrund*, Diplomarbeit, GRIM, 1994.
- HENKING (Tanja), *Wertungswidersprüche zwischen Embryonenschutzgesetz und den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs? Am Beispiel des Verbots der Präimplantationsdiagnostik*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- HETTERICH (Helen), *Mensch und Person - Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit. Eine rechtshistorisch-kritische Untersuchung zu §1 BGB*, Berlin, Duncker&Humblot, 2016.
- HIEB (Anabel), *Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts. Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Verfahren zur Überwindung weiblicher Unfruchtbarkeit. Ein Beitrag zum Recht auf Fortpflanzung*, Berlin, Logos, 2005.
- HIRTE (Markus), *Die Todesstrafe in der Entstehung des Reichsstrafgesetzbuches*, Berlin, LIT Verlag, 2013.
- HOERSTER (Norbert), *Abtreibung im säkularen Staat - Argumente gegen den §218*, Berlin, Suhrkamp, Taschenbuch Wissenschaft, 1991.
- HOFMANN (Hans), *Das Lebensrecht des Nasciturus - zivilrechtliche Aspekte der Abtreibung*, Thèse, Bonn, 1992.
- HUSTER (Stefan), *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- JAKOBS (Günther), *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1998.
- JESTAEDT (Mathias), LEPSIUS (Oliver), MÖLLERS (Christoph), *Das entgrenzte Gericht - eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 30;
- JUNG (Heike), MÜLLER-DIETZ (Heinz) (dir.), *Die Dimension einer Reform*, Berlin, Decker, 1983.
- KAUP (Heike), *Der Schwangerschaftsabbruch aus verfassungsrechtlicher Sicht - eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des deutschen und des amerikanischen Rechts*, Berne, Peter Lang, 1991.
- KAUSCH (Erhard), *Soziale Beratung Schwangerer Ziel und Wege der Beratung nach §218b Nr 1.*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.
- KERN (Bernd-Rüdiger), LILIE (Hans), *Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur*, Berne, Peter Lang, 2010.
- KHOSRAVI (Samareh), *Die Strafbarkeit nach dem Embryonenschutzgesetz und Stammzellgesetz*, Hamburg, Kovac, 2017.
- KLUTH (Winfried), *Handbuch des Kammerrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2011.
- KLUTH (Winfried), THOMAS (Hans), *Das zumutbare Kind*, Stuttgart, Busseseewald, 1993.
- KNOOP (Susanne), *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, Dissertation, Universität Konstanz, 2004.
- KOLLEK (Regine), *Präimplantationsdiagnostik. Embryonenselektion, weibliche Autonomie und Recht*, Tübingen, Francke, 2002;
- KORFF (Wilhelm), BECK (Lutwin), MIKART (Paul) (dir.), *Lexikon der Bioethik*, München, Gütersloher Verlagshaus, 1998.
- KÜGLER (Elke) (dir.), *Memmingen : Abtreibung vor Gericht - Dokumentation und Einschätzung eines Stückes bundesdeutscher Rechtsgeschichte*, Hotzmeyer Verlag, 1989.

- LANZ-ZUMSTEIN (Monika), *Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimgut: ein Beitrag zu zivilrechtlichen Fragen im Bereich der Reproduktions- und Gentechnologie*, München, 1990, p. 302;
- LAUFS (Adolf), KERN (Bernd-Rüdiger) *Handbuch des Arztrechts*, München, C.H. Beck, 2010.
- LESCH (Heiko), *Notwehrrecht und Beratungsschutz zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach §218 a I StGB tatbestandlose Abtötung der Leibesfrucht*, Paderborn, Schöningh 2000.
- LEISNER (Walter), GOERLICH (Helmut), *Das Recht auf Leben*, Hannover, 1976.
- LEIST (Anton), *Eine Frage des Lebens. Ethik der Abtreibung und künstliche Befruchtung*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 1998.
- LEKSCHAS (John), *Grundzüge des neuen sozialistischen Strafrechts*, Berlin, Akademie Verlag, 1967.
- LINKE (Christine), *Die rechtlichen Einflussmöglichkeiten des werdenden Vater auf die Entscheidung über Fortdauer oder Abbruch der Schwangerschaft*, Berlin, 1991.
- LOOSCHELDERS (Dirk), ROTH (Wolfgang), *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker&Humblot, 1996.
- MAHR (Jürgen), *Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, Berne, Peter Lang, 2007.
- MAHRAD (Christa), *Schwangerschaftsabbruch in der DDR: Gesellschaftliche, ethische und demographische Aspekte*. Reihe: Europäische Hochschulschriften, Berne, Peter Lang, 1987.
- MAGNUS (Dorothea), *Patientenautonomie im Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- MAYER (Udo) (dir.), *Die Entstehung des Grundgesetzes*, Beiträge und Dokumente, Bonn, Pahl Rugenstein, 1976.
- MERKEL (Rheinhard), ROXIN (Claus), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, München, Richard Boorberg Verlag, 2010.
- MERZ (Bettina), *Die medizinische, ethische und juristische Problematik artifizierlicher menschlicher Fortpflanzung: artifizielle Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und die Forschung an frühen menschlichen Embryonen*, Francfort sur le main, Peter Lang, 1991.
- MICHALSKI (Bettina), *Die Reformruine*, Berlin, DVK-Verlag, 1988.
- MIN SU CHOI, *Der Umgang mit überzähligen Embryonen in Deutschland und Südkorea*, Thèse Göttingen, Peter Lang, 2009.
- MÜLLER-DIETZ (Heinz), JUNG (Heike), §218. *Dimension einer Reform*, Heidelberg, Decker, 1995.
- MÜLLER (Thomas), *Die Lehre vom rechtsfreien Raum im Lichte des Suizids*, Herzogenrath, Shaker-Verlag, 1998.
- MÜLLER. (Anselm W), *Tötung auf Verlangen - Wohltat oder Untat?*, Stuttgart, Kohlhammer-Verlag 1997.
- MUTH (Ulrich), *Die Diskussion über einer Reform*, München, Herbet Utz Verlag, 1992.
- NEUER (Ferdinand), *Der Menschen zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt*, Thèse, Köln, 1961.
- NIESTROJ (Christa), *Die Rechtliche Bewertung der Selbsttötung und die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung*, Thèse, Göttingen, 1983.

- PAULI (Edda), *Der sogenannte biologische Vater*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- PFANNKUCHEN (Karsten), *Selbstmord und Sanktionen, eine rechtshistorische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung ostpreußischer Bestimmungen*, Berlin, LogosVerlag, 2008.
- QUAAS (Michael), ZUCK (Rüdiger), *MedizinRecht*, München, C.H. Beck, 2014.
- REINHARD (Frank), *Das Strafgesetzbuch für das deutschen Reich*, zweite neue bearbeitete Auslage, Leipzig, 1901.
- REIS (Hans Joachim), *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem*, Tübingen, Siebeck, 1984.
- REISS (Marc) *Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik - unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der von einem Verbot betroffenen Paare*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004.
- REUHTER (Rheinhard), *Der Selbstmord im Strafrecht*, Pulsnitz, K. Hoffmann, 1930.
- RIEDEL (Ulrike), *Kind als Schaden*, Frankfurt am Main, Mabuse-Verlag, 2003.
- ROLLER (Martina), *Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus*, Thèse, Augsburg, 2013.
- ROSENAU (Henning), *Ein Zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- SACKSOFSKY (Ute), *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung : eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3. II GG*, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- SAERBECK (Klaus)., *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff*, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft 19, 1974.
- SCHÄCHINGER (Michael), *Menschenwürde und Menschheitswürde - Zweck, Konsistenz und Berechtigung strafrechtlichen Embryonenschutzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014.
- SCHRAMM (Edward), *Ehe und Familie im Strafrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- SEIDEL (Meike), *Zivilrechtliche Mittel gegen Schwangerschaftsabbrüche ?*, Baden-Baden, Nomos, 1994.
- SEILER (Christian), *Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- SELB (Walter), *Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987.
- SPICKHOFF (Andreas), *Medizinrecht*, München, C.H. Beck, 2014.
- SPIEB (Gerald), *Der Grundrechtsverzicht*, Frankfurt am Main, Lang, 1997.
- STROHNER (Sandra), *Die Strafbarkeit der Schwangeren Frau beim Schwangerschaftsabbruch*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2013.
- SUCHOMEL (Jan-Ulf), *Partielle Disponibilität der Menschenwürde*, Duncker und Humboldt, Berlin, 2010.
- TAG (Brigitte), *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, Berlin, Springer, 2000.
- TENTHOFF (Christian), *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte de Autonomieprinzips*, Berlin, Duncker&Humblot, 2008.

TIMKE (Jan), *Die Patentierung embryonaler Stammzellen*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

VARWYK (Dietrich), *Die Tötung auf Verlangen und die Beteiligung am Selbstmord im schweizerischen, deutschen und französischen Strafrecht, vergleichende Darstellung*, Dissertation, Fribourg, 1964.

VELTE (Gianna), *Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht*, Springer, 2015.

WANKE (Benedikt), *Schadenersatz für Kindesunterhalt - Zur familien- und Schadensrechtlichen Verantwortlichkeit der Mutter in Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, Duncker, Berlin, 1998.

WEINGART (Peter), KROLL (Jürgen), BAYERTZ (Kurt), *Rasse, Blut und Gene : Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 2006.

WIGARD (Franz) (dir.), *Stenographische Berichte über die Verhandlung der deutschen konstituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, Band I, Leipzig, 1848.

WILDA (Wilhelm Eduard), *Geschichte des Strafrechts, Das Strafrecht der Germanen*, Aalen, Scientia, 1842.

WOLF (Ernst), NAUJOKS (Hans), *Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen*, Frankfurt am Main, Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe, 1955.

ZIMMERMAN (Roland), *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

OUVRAGES EXTRA-JURIDIQUES

Ouvrages en français

AGAMBEN (Giorgio), *L'homo sacer - le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1998.

BERENI (Laure), CHAUVIN (Sébastien), JAUNAIS (Alexandre), REVILLARD (Anne), *Introduction aux Gender Studies - Manuel des études sur le genre*, Paris, De Boeck, 2011.

BERTRAND (Anne), TORNAY (Didier), *Libertés individuelles et santé collective*, CERMES, 2004.

BILLACOIS (François), *Le Duel dans la société française des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles*, Paris, Édition de l'Ehess, 1986.

BOLTANSKI (Luc), *La condition fœtale, une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Paris, Gallimard, 2004.

BRENOT (Philippe) (dir.), *Dictionnaire de la sexualité humaine*, Paris, L'esprit du temps, 2004.

BUTLER (Judith), *Qu'est-ce qu'une vie bonne ?*, Paris, Payot, 2014.

CANGUILHEM (Guillaume), *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 12^{ème} édition, 2013.

CAROL (Anne), *Histoire de l'eugénisme en France, les médecins et la procréation XIX^{ème}-XX^{ème} siècle*, Paris, Seuil, 1995.

DIEDERICH (Nathalie), *Stériliser le handicap*, Toulouse, Érès, 1998.

DORLIN (Elsa), *Sexe, genre et sexualité*, Paris, PUF, 2008.

DOUZÉLOT (Jacques), *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Seuil, 1994.

DUPONT (Marc), SALAÛN (Françoise), *L'assistance publique - Hôpitaux de Paris*, Paris, PUF, 2010.

ENGELI (Isabelle), *Les politiques de la reproduction, les politiques d'avortement et de PMA*, Paris, Harmattan, 2010.

- ENSELLEM (Claire), *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, Rennes, Presses universitaires, 2004.
- FASSIN (Didier), *La vie - mode d'emploi critique*, Paris, Seuil, 2018.
- FOUCAULT (Michel), *Histoire de la sexualité*, Tome I *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.
- FOUGEYROLLAS6SCHWEBEL (Dominique), PLANTÉ (Christine), RIOT-SARCEY (Michèle), ZAÏDMAN (Claude), *Le genre comme catégorie d'analyse*, Paris, Harmattan, 2003.
- GAUTIER (Arlette), *Genre et biopolitique - l'enjeu de la liberté*, Paris, Harmattan, 2012.
- GODINEAU (Dominique), *S'abrégé les jours. Le suicide en France au XVIIIe siècle*, Paris, Armand Colin, 2012.
- GOT (Claude), *L'expertise en santé publique*, Paris, PUF, 2005.
- GOUAZE (Serge), SALLES (Anne), PRAT-ERKERT (Cécile), *Les enjeux démographiques en France et en Allemagne : réalités et conséquences*, Villeneuve-d'Ascq, Septentrion, 2011.
- GRUNBERG (Gérard), *Napoléon Bonaparte. Le noir génie*, CNRS éditions, 2015.
- GUILLET (François), *La mort en Face, histoire du duel de la Révolution à nos jours*, Paris, Aubier, 2008.
- HABERMAS (Jürgen), *L'avenir de la nature humaine, vers un eugénisme libéral*, Paris, Gallimard, 2002.
- HAYAT (Pierre), *L'individualisme*, Paris, Quintette, 1998.
- HOBBS (Thomas), *Leviathan*, Paris, Folio, 1651.
- HOTTOIS (Gilbert), MISSA (Marie-Geneviève), *Nouvelle encyclopédie de bioéthique - Médecine, Environnement, Biotechnologie*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 199.
- JEANNEREY (Jean Noël), *Le duel - une passion française (1789-1914)*, Paris, Seuil, 2004.
- JOUANNET (Pierre), PAYLEY-VINCENT (Catherine), *L'embryon, le fœtus, l'enfant*, Paris, ESKA, 2009.
- JOUANNET (Pierre), (dir.), *Procréation, médecine et don*, 2ème édition, Lavoisier, 2016.
- KALFF (Elisabeth), LEMAITRE (Lucie), *Le logement insalubre et l'hygiénisation de la vie quotidienne (Paris, 1830-1990)*, Paris, L'harmattan, 2008.
- KNIBIEHLER (Yvonne), *Histoire des mères et de la maternité en occident*, Paris, PUF, 2000.
- KNIBIEHLER (Yvonne), *La révolution maternelle*, Paris, Perrin, 1997.
- LANSAC (Jacques), GUERIF (Fabrice), *AMP. L'assistance médicale à la procréation en pratique*, Issy-Les-Moulineaux, Masson, 2005
- LECORS (Pierre), PATURET (Jean Baptiste), *Santé publique : du biopouvoir à la démocratie*, Rennes, édition de L'ENSP, 1999.
- LEGRAND (Stéphane), *Les normes chez Foucault*, Paris, PUF, 2007
- LETABLIER (Marie-Thérèse), LANQUETIN (Marie-Thérèse), *Concilier travail et famille en France. Approches socio-juridiques*, Paris, La documentation française, 2005, p. 28.
- MALET (Émile), *Santé publique et libertés individuelles*, Paris, Passage, 1993.
- MARTINEZ (Éric), *Manuel du comité consultatif national d'éthique*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2004,

- MEHL (Dominique), *Les lois de l'enfantement, procréation et politique en France (1982-2011)*, Paris, Sciences Po - Les presses, 2011.
- MEHL (Dominique), *Naître, La controverse bioéthique*, Paris, Bayard, 1999.
- MEMMI (Dominique), *Faire vivre et laisser mourir, le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris, La découverte, 2003.
- MEMMI (Dominique), *Les gardiens du corps. Dix ans de magistère bioéthique*, Éditions de l'ÉHESS, Paris, 1996.
- MERGER (Roger), LEVY (Jean), MELCHIOR (Jean), *Précis d'obstétrique*, Issy-les-Moulineaux, édition Masson, 2008.
- MINOIS (Georges), *Histoire du suicide- La société occidentale face à la mort volontaire*, Paris, Fayard, 1995.
- MISSA (Jean-Noël), SUSANNE (Charles), *De l'eugénisme d'état à l'eugénisme privé*, Paris, De Boeck, 1999.
- MITTON (Fernand), *Les femmes et l'Adultère - De l'Antiquité à nos jours*, BNF collection e-book, 1910.
- MORON (Pierre), *Le suicide*, Paris, PUF, 2005.
- MOUTEL (Grégoire), *Évolution des pratiques d'autoconservation de sperme et de garde des embryons avant et après les lois de bioéthique de Juillet 1994 : Incidences sur l'organisation des centres d'assistance médicale à la procréation*, Thèse de doctorat, Université Paris Sorbonne, 1997.
- MOYSE (Danièle), *Bien naître, bien-être, bien mourir, Propos sur l'eugénisme et l'euthanasie*, Toulouse, Érès, 2001.
- MULLER-OKIN (Susan), *Justice, genre et famille*, Paris, Flammarion, 1989.
- NADER (Mélissa), *La médicalisation : concept, phénomène et processus. Émergence, diffusion et reconfigurations des usages du terme médicalisation dans la littérature sociologique*, Thèse de doctorat en sociologie, Université du Québec à Montréal, octobre 2012.
- OLIVIER (Cyril), *Le vice ou la vertu - Vichy et les politiques de la sexualité*, Presses Universitaires du Mirail, 2005.
- PATEMAN (Carole), *Le contrat sexuel*, Paris, La découverte, 2010.
- PAVARD (Bibia), ROCHEFORT (Florence), ZANCARINI FOURNEL (Michelle), Les évènements fondateurs, *Les lois Veil, Contraception 1974, IVG 1975*, Paris, Armand Colin, 2012.
- PAVARD (Bibia), *Si je veux, quand je veux dans la société française (1956 - 1979)*, Presses universitaires de Rennes, 2012.
- PESTRE (Dominique), *Introduction aux Science Studies*, Paris, La découverte, 2006.
- PULMAN (Bertrand), *Mille et une façons de faire les enfants - La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010.
- RAUCH (Alain), *Histoire de la santé*, Paris, PUF, 1995.
- RAYNAUD (Philippe), RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003.
- RENNES (Juliette) (dir.), *Encyclopédie critique du genre*, Paris, La découverte, 2016. RIPA (Yannick), *Les femmes : actrices de l'histoire - France de 1789 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2010.
- ROUSSEAU (Jean Jacques), *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 1762.
- TAIEB (Emmanuel), *La guillotine au secret, Les exécutions publiques en France, 1870-1979*, Paris, Belin, 2011.

TAIN (Laurence), *Le corps reproducteur : dynamiques de genre et pratiques reproductives*, Paris, édition de l'EHESP, 2013.

TERESTCHENKO (Michel), *Philosophie politique - individu et société*, Paris, Hachette, 2000.

TESTART (Jacques), *Le magasin des enfants*, Paris, Éditions François Bourin, 1990.

THÉBAUD (Françoise), *Histoire des femmes en occident*, Tome V, Paris, édition Perrin, 2002.

THERY (Irène), *Des humains pas comme les autres*, Éditions de l'EHESS, Paris, 2010.

THERY (Irène), *Le démariage, justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993.

THOMAS (Jean-Paul), *Les fondements de l'eugénisme*, Paris, PUF, 1995.

Ouvrages en allemand

ACKERKNECHT (Erwin Heinz), *Geschichte der Medizin*, Stuttgart, Thieme, 1959.

BECK-GERNSHEIM (Elisabeth), *Die Kinderfrage - Frauen zwischen Kinderwunsch und Unabhängigkeit*, Beck'sche reihe, München, 1989.

BECK-GERNSHEIM (Elisabeth), *Technik, Markt und Moral, über Reproduktionsmedizin und Gentechnologie*, Broschiert, 1991.

BECK-GERNSHEIM (Elisabeth), *Was kommt nach der Familie? Einblicke in neue Lebensformen*, Beck'sche reihe, München 1993.

BECK (Ulrich), *Risikogesellschaft. Auf dem Weg*, Frankfurt am Main, 1986.

BENNACK (Jürgen), *Gesundheit und Schule : zur Geschichte der Hygiene im preußischen Volksschulwesen*, Vienne, Böhlau-Verlag GmbH, 1998.

BENZ (Wolfgang), *Geschichte des Dritten Reiches*, München, C.H., Beck, 2000.

BLECHSCHMIDT (Erich), *Wie Beginnt das Menschliche Leben : Vom Ei zum Embryo*, 8. Auflage, Stein am Rhein, 2008.

BOAK (Helen), *Women in the Weimar Republic*, Manchester, Manchester University Press, 2013.

BRIESEN (Detlef), *Das gesunde Leben : Ernährung und Gesundheit seit dem 18 Jahrhundert*, Francfort sur le main, Campus Verlag, 2010.

BROSIUS-GERSDORF (Frauke), *Demographischer Wandel und Familienförderung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

BÜHL (Achim), *Auf dem Weg zur biomächtigen Gesellschaft ? Chancen und Risiken der Gentechnik*, Berlin, Springer, 2009.

BUTTERWEGGE (Christoph), *Krise und Zukunft des Sozialstaates*, Berlin, Springer, 2014.

CZARNOWSKI (Gabriele), *Das Kontrollierte Paar - Ehe und Sexualpolitik im Nationalsozialismus*, Innsbruck, Studienverlag, 1998.

DIENEL (Christiane), *Kinderzahl und Staatsräson : Empfängnisverhütung und Bevölkerungspolitik in Deutschland und Frankreich bis 1918*, Münster, Westfälisches Dampfboot, 1995.

- DU DEN (Barbara), *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Missbrauch des Begriffs Leben*, Mabuse Verlag, 2016.
- DÜSING (Bernhard), *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, Offenbach, Bollwerk-Verl. 195.
- ECKART (Wolfgang U.), *Geschichte der Medizin*, Heidelberg, Springer, 2004.
- EVANS (Richard J.), *Rituale der Vergeltung : Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte, 1532-1987*, Berlin, Kindler, 2001.
- EXNER (Martin), *Hygiene und Öffentliche Gesundheit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, disponible sur http://www.ihph.de/publikationen/Hygiene_oeffentlGesundhei.pdf, p. 50 et suivantes.
- FOLJANTY (Lena), LEMBKE (Ulrike), *Feministische Rechtswissenschaft - Ein Studienbuch*, Nomos Verlag, 2006.
- FREVERT (Ute), *Ehrenmänner : das Duell in der bürgerlichen Gesellschaft*, München, C.H. Beck, 1991.
- GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörperte Technik, Entkörperte Frau, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.
- HÄRTER (Martin), LOH (Andreas), SPIES (Claudia) (dir.), *Gemeinsam entscheiden - erfolgreich behandeln - Neue Wege für Ärzte und Patienten im Gesundheitswesen*, Köln, Deutscher Ärzteverlag, 2005.
- HERZOG (Dagmar), *Die Politisierung der Lust. Sexualität in der deutschen Geschichte des zwanzigsten Jahrhunderts*, München, Siedler Verlag, 2010.
- HILBIG (Antje), KAJATIN (Claudia), MIETHE (Ingrid), *Frauen und Gewalt : interdisziplinäre Untersuchungen zu geschlechtsgebundener Gewalt in Theorie und Praxis*, Würzburg, Koenigshausen Neumann, 2003;
- HUDEMANN- SIMON (Calixte), *Eroberung der Gesundheit 1750-1900*, Francfort am main, Fischer Taschenbuch Verlag, 2000.
- HÜNTELMANN (Axel), *Hygiene im Namen des Staates : das Reichsgesundheitsamt 1876 - 1933*, Göttingen, Wallstein, 2008.
- JUNGBLUT (Marie-Paule), *Sei sauber ...! : eine Geschichte der Hygiene und öffentlichen Gesundheitsvorsorge in Europa*, Cologne, Wienand, 2004.
- JUNGE (Matthias), *Individualisierung*, Frankfurt, Campus Einführung, 2002.
- JÜTTE (Robert), *Die Geschichte der Abtreibung. Von der Antike bis zum Gegenwart*, München, C.H. Beck, 1993.
- JÜTTE (Robert), *Lust ohne Last, Geschichte der Empfängnisverhütung von der Antike bis zum Gegenwart*, München, C.H. Beck, 2003.
- KOONZ (Claudia), *Mothers in the Fatherland - Women, the Family and Nazi politics*, Routledge, 2014.
- KÜHL (Stefan), *Die Internationale der Rassisten : Aufstieg und Niedergang der internationalen Bewegung für Eugenik und Rassenhygiene im 20. Jahrhundert*, Francfort sur le main, Campus Verlag, 1997.
- LILIENTHAL (Georg), *Der « Lebensborn e.V. » Ein Instrument nationalsozialistischer Rassenpolitik*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch, 2003.
- RITTER (Gerhard), *Der Sozialstaat Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, Berlin, De Gruyter, 2010.

ROSENBAUM (Lars), *Die Rolle der Frau im Dritten Reich - zwischen Mutterkult und Lebensborn*, Hausarbeit, Grim, 2011.

RÖTTER (Yvonne), *Familienpolitik im Kontext des Neoinstitutionalismus : Deutschland, Schweden und Frankreich. Aus der Gender Perspektive*, Hamburg, Diplomica Verlag, 2014.

SIGMUND (Anna-Maria), *Das Geschlechtsleben bestimmen wir! Sexualität im Dritten Reich*, München, Heyne-Verlag, 2009.

SPEITKAMP (Winfried), *Ohrfeige, Duell und Ehrenmord : eine Geschichte der Ehre*, Stuttgart, Reclam, 2010.

USBORNE (Cornelie), *Frauenkörper - Volkskörper : Geburtenkontrolle und Bevölkerungspolitik in der Weimarer Republik*, Münster, Westfälisches Dampfboot, 1994.

VINKEN (Barbara), *Die deutsche Mutter - Der lange Schatten eines Mythos*, Frankfurt am Main, Fischer, 2007.

WECKER (Regina), BRAUNSCHWEIG (Sabine), IMBODEN (Gabriela), KÜCHENHOFF (Bernhard), RITTER (Hans Jakob), *Wie nationalsozialistisch ist die Eugenik ?*, Köln, Böhlau, 2009.

WITZLER (Beate), *Großstadt und Hygiene : kommunale Gesundheitspolitik in der Epoche der Urbanisierung*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995.

Articles juridiques

Articles en français

AILINCAI (Mihela), « Le corps et la Cour européenne des droits de l'homme - Propos introductifs », *La Revue des droits de l'homme*, 8/2015.

AGUILA (Yann), « Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés », *AJDA*, 2009, p. 905.

ALFANDARI (Elie), « Suicide assisté et euthanasie », *Dalloz*, 2008, p. 1600.

ALFANDARI (Elie), JEANTIN (Michel), « Objet illicite. Association encourageant la maternité par substitution », *RTDcom.*, 1990, p. 223.

ALFANDARI (Elie), PEDROT (Philippe), « La fin de vie et la loi du 22 avril 2005 », *RDSS*, 2005, p. 751.

ALIX (Noé), AGOSTINI (Célia), GAMET (Cyprien), GASPARI (Gianluca), « Le corps et la Cour européenne des droits de l'homme - l'existence d'un ordre public corporel », *Revue des droits de l'homme*, 8/2015.

ALLOITEAU (Stéphane), « L'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale », *LPA*, 28 mai 1997, p. 23.

AMANN (Jean-Pierre), « DPN et interruption médicale de grossesse : aspects éthiques », *Journal pédiatrique puériculture*, 2003, 16, p. 147.

AMIEL (Philippe), VIALLA (François), « La vérité perdue du Code de Nuremberg : réception et déformations du Code de Nuremberg France », *RDSS* 2009, p. 673.

ANDORNO (Roberto), « Les droits européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, n° 1, Janvier-mars, 1994.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), « Le refus d'une autorisation d'effectuer une opération chirurgicale de changement de sexe à une personne transsexuelle méconnaît le droit au respect de la vie privée », *Gazette du Palais*, 25 avril 2015, n° 115, p. 22.

ARBOUSSET (Hervé), « Amiante : la responsabilité de l'État est, enfin, reconnue par le Conseil d'État », *Dalloz*, 2004, p. 973 ;

ARDEEF (Isabelle), « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ Famille*, 2012, p. 39.

AUBIN (Simon), « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA*, 2003, n° 57, p. 6.

AUBY (Jean-Marie), « L'obligation à la santé », *Annal de la fac de droit de l'université de bordeaux*, 1955, n° 1, p. 9 ;

AUBY (Jean-Marie), « Un droit à la stérilisation ? », *Mélanges Jacques Robert*, 1998, p. 20.

AUFIÈRE (Pierrette), BAROUSSE (Chantal), « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *AJ Famille*, 2016, p. 580.

AVENA-ROBARDET (Valérie), « Modification de la mention du sexe à l'état civil », *AJ famille*, 2012, p. 302.

AVERA-ROBERDET (Valérie), « État civil de l'enfant mort-né encore des exceptions », *AJ famille*, 2008.

AVON (Bernadette), « Contraception 40 ans de pratique question pour aujourd'hui », *Laennec*, 2007/2, tome 55, p. 32.

AYNES (Laurent), « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2001 p. 492.

AZIBERT (Gilbert), « Le délit de provocation au suicide et le caractère contraignant ou convaincant de nature à paralyser la volonté », *Dalloz*, 1993, p. 14.

BACHELET (Olivier), « Droit de mourir dignement : les « petits pas » de la Cour de Strasbourg », *Dalloz actualité*, 4 septembre 2012.

BALESTRIERO (Véronique), « La situation de l'enfant mort-né », *Dalloz*, 1999, p. 81.

BANDRAC (Monique), « L'inégalité des père et mère face à la transparence des origines », *Dalloz*, 2007, p. 33.

BASSET (Antoine), « Droits fondamentaux et droit constitutionnel : une confusion allemande », à paraître.

BATEMAN (Simone), « Le principe de l'anonymat du don de sperme : remarques sur son histoire et son application », *Andrologie*, 2011, p. 192 ;

BATTEUR (Annick), « Avis de mort imminente d'un proche par lettre recommandée... », *Dalloz*, 2017, p. 1307.

BATTEUR (Annick), « Refus de changement de l'état civil et transidentité », *EDFP*, 15 mai 2013, n° 5, p. 3.

BAUMERT (Renaud), « Une vision morale de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar », *Jus Politicum, Revue internationale de droit politique*, n° 4, 2010.

- BEAUSSONIE (Guillaume), « À propos de l'entrave à l'interruption de grossesse », *Gazette du Palais*, n° 223, 11 août 2015, p. 9.
- BECHILLON (Denis), « Porter atteinte aux catégories fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.*, 2002, p. 47.
- BEIGNIER (Bertrand), « Respect et protection du corps humain », Article 16 à 16-12 du Code civil, fascicule 70, *Jurisclasseur*, 1997.
- BELLEAU (Marie Claire), « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD civ.*, 2001, page 1.
- BELLIVIER (Florence), ROCHFELD (Judith), « La législation française en matière de droit privé », Chronique juillet 2001 - septembre 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 976.
- BELLIVIER (Florence), « La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (JO 7 août 2004, p. 14040) », *RTD civ.*, 2004.
- BELLIVIER (Florence), ÉGÉA (Pierre), « Les chemins de la liberté, petite leçon de biopolitique », *Dalloz*, 2004, p. 647.
- BELLIVIER (Florence), « Réflexion au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », *LPA*, 18 février 2005, n° 35, p. 10.
- BELLIVIER (Florence), NOIVILLE (Christine), « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2008, n° 2, p. 552.
- BELLIVIER (Florence), « Le droit de retrait en bioéthique sur la voie de l'émancipation », *Droits*, n° 48, 2009, p. 131.
- BELLIVIER (Florence), « Bioéthique, bioéquité, libertés et État : A propos de l'éthique minimaliste de R. OGIEN », *Juspoliticum*, n° 5, 2010.
- BELLIVIER (Florence), « Peut-on évaluer la loi bioéthique ? », *Raison publique*, 15 mai 2012.
- BELLIVIER (Florence), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences et technologies*, n° 4 « Statistiques et normes », 2014.
- BELLIVIER (Florence), « Les conséquences de l'interdiction de la GPA sur l'état civil des enfants nés légalement à l'étranger par ce procédé : la conception des jugements allemands », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 5/2015.
- BELLIVIER (Florence), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Bioéthique », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 7/2017.
- BENEJAT (Murielle), « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.
- BENOS (Céline), L'interdiction du diagnostic préimplantatoire sur la sellette européenne, *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, janvier-février, 2013.
- BERNARD (Alain), POIRMEUR (Yves), « Doctrine civiliste et production normative », in CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 180.
- BERRO-LEFEVRE (Isabelle), « Statut juridique du fœtus », *Dalloz*, 2004, p. 2535.

- BERSAY (Claude), «Le long parcours de l'abolition de la peine de mort », *Études sur la mort*, 2012/1, n° 141, p. 25.
- BERTHIAU (Denis), BRUNET (Laurence), «L'ordre public au préjudice de l'enfant », *Dalloz*, 2011, p. 1522.
- BETTIO (Nathalie), «Le droit à l'enfant : nouveau droit de l'homme ? », *RDP*, n° 2, 2010, p. 473.
- BEVIÈRE (Bénédicte), «Le dispositif législatif de l'assistance médicale à la procréation amélioré et complété par la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *LPA*, n° 35, 18 février 2005, p. 69.
- BINET (Jean-René), «La protection de la personne », *Jurisclasseur*, Fascicule 10, Article 16, actualisation 2015.
- BIOY (Xavier), «Débat relatif à l'assistance médicale à la procréation et principes constitutionnels », *Constitutions*, 2010, p. 430.
- BIOY (Xavier), « À la recherche de l'embryon », *Constitutions*, 2013, p. 443.
- BIOY (Xavier), « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, p. 970.
- BIOY (Xavier), «L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », *AJDA*, 2013, p. 2204.
- BIOY (Xavier), RIAL-SEBBAG (Emmanuelle), «L'autorisation de la recherche sur l'embryon : évolution ou révolution ? », *AJDA*, 2013, p. 2204.
- BIOY (Xavier), SIMONIAN (Jacques), SCHMITZ (Julia), COTTÉREAU (Marc), LICHARDOS (Gaëlle), VAILLANT (Romain), COUSSENS-BARRE (Thibaut), LAPEYRE (Marie-Pierre), MOROT-MONOMY (Camille), POUTHIER (Tristan), ASKOFARE (Nana Fatouma), AMALRIC (Valérie), DEBAETS (Émilie), «Chronique des autorités administratives indépendantes et libertés fondamentales », *LPA*, 27 avril 2016, n° 84, p. 4.
- BIOY (Xavier), « Arrêt des traitements et fin de vie », *AJDA*, 2018, p. 578.
- BLACHER (Philippe), «Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Médecine et droit*, 2016.
- BORRILLO (Daniel), « Bioéthique à la française et paternalisme d'État », *Raison publique*, 15 mai 2012.
- BORRILLO (Daniel), « Fais-moi l'amour, sinon je divorce ! », *Le Monde*, 16 décembre 2011.
- BORRILLO (Daniel), «Le corps du délit ou la libre disposition de soi », Colloque organisé par le syndicat de la magistrature, 2014.
- BOSSE-PLATIÈRE (Hubert), «Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », *Informations sociales*, 3/2006, n° 131, §1.
- BOUCOBZA (Isabelle), « Neutralité et analyse critique du droit », Intervention au colloque « La neutralité », Tours, octobre 2016, p. 7.
- BOULEUC (Carole), POISSON (Dominique), «La décision médicale partagée », *Laennec*, 4/2014, tome 62, p. 68.
- BOULOC (Bernard), « Notion de victime d'un homicide involontaire », *RSC*, 2002, p. 97.

- BOUMAZA (Assia), « La stérilisation contraceptive et le “handicap mental”, après la loi du 4 juillet 2001 », *RDSS*, 2002, p. 233.
- BOURDAIRE-MIGNOT (Camille), GRÜNDLER (Tatiana), « Fin de vie : ne rien changer quand rien ne va », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, août 2018.
- BOURDAIRE-MIGNOT (Camille), GRÜNDLER (Tatiana), « Procréation : l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes seules emporte une série de questions dans son sillage (gratuité du don, levée de l'anonymat, rôle de la médecine) », *La Revue des droits de l'homme*, ADL, juillet 2018.
- BOURGAULT-COUDEVILLE (Dorothée), « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 9 », *LPA*, 19 août 2013, n° 165, p. 6.
- BOURSIER (Marie-Emma), « La revanche de la jurisprudence Perruche ou l'inconventionnalité de la loi anti-Perruche », *LPA*, 30 mai 2002, n° 108.
- BRAIBANT (Guy), « Pour une grande loi », *Pouvoirs*, 1991, n° 56, p. 109.
- BRANDAC (Monique), DELAISI DE PARSEVAL (Geneviève), DEPADT-SEBAG (Valérie), « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *Dalloz*, 2008, p. 484.
- BRONDEL (Sévérine), « Dispositif anti-Perruche : qu'est-ce qu'une instance en cours ? », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 1482.
- BRUMERG MOKRI (Myriam), « L'embryon humain aux prises avec le droit », *LPA*, 7 mars 2003, n° 48, p. 12.
- BRUNET (Laurence), « Le régime juridique de la gestation pour autrui dans les pays membres de l'Union européenne : comment concilier la diversité des législations nationales avec la même incontournable préoccupation de protection de l'enfant né d'une femme porteuse ? », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, n° 2, 2013, p. 25.
- BRUNET (Laurence), « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS*, 2012, p. 828.
- BRUNET (Laurence), « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 (n° 28), p. 199.
- BRUNET (Laurence), « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *Dalloz*, 2009, p. 340.
- BRUNET (Laurence), FORTIER (Clothilde), « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », in GALLUS (Nicole), ADAM (Christophe), BORRILLO (Daniel), (dir.), *Droit des familles, Genre et sexualité*, Paris, LGDJ, 2012.
- BUCHER (Charles-Édouard), « Les suites de l'affaire Perruche », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1578.
- CADORET (Anne), « La filiation et l'aide médicale à la procréation », *Droit et Cultures, Revue internationale interdisciplinaire*, 51/2006, n° 1, p. 181.
- CALLU (Marie-France), « Le “bébé médicament” : histoire et périmètre juridique de l'article L 2131-4-1 du code de la santé publique », *Éthique & Santé*, Volume 4, Issue 2, mai 2007, p. 95.

- CALLU (Marie-France), « Autour de la mort, variations sur Madame se meurt, Madame est morte », *RTDciv.*, 1999, p. 312.
- CANSELIER (Guillaume), « La tentation du néant » *RGDméd.*, 2000, p. 89.
- CARAYON (Lisa), « Corps et personnes - état civil » in REGINE, *Droit et genre*, Dalloz, 2017, p. 985.
- CATTO (Marie-Xavière), « Gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêt ? », *Revue des droits de l'homme*, 3/2013.
- CAYLA (Jean-Simon), « La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques », *Revue de droit sanitaire et social*, 1980, p. 310.
- CAYOL (Amandine), « Avant la naissance et après la mort : l'être humain, une chose digne de respect », *Cahier de la recherche des droits fondamentaux*, n° 9, 2011, p. 117.
- CHABAULT (Caroline), « À propos de l'autorisation du transfert d'embryon *post mortem* », *Dalloz*, 2001, p. 1395.
- CHABAULT-MARX (Caroline), « La frilosité du juge français face à l'insémination *post mortem* », *Dalloz*, 2009, p. 2758.
- CHALTIEL (Florence), « Donner la vie, de quel(s) droit(s) ? Nouvelles réflexions après l'avis du comité consultatif national d'éthique », *LPA*, 20 septembre 2017, n° 187, p. 7.
- CHAMBELLAND-LIÉBAULT (Nathalie), « Les bébés dans le Code du travail », *Cahiers Jaurès*, 3/2002, n° 165-166, p. 23.
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n° 5.
- CHAVEAU (Sophie), « Les espoirs déçus de la loi Neuwirth », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 18, 2003.
- CHÉNEDÉ (François), « L'établissement d'un "acte d'enfant sans vie" n'est pas subordonné au respect du seuil de viabilité défini par l'OMS » *AJ famille*, 2008, p. 165.
- CHÉNEDÉ (François), « Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de la transcription des actes d'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui - Cour de cassation, 1re civ. 17 décembre 2008 », *AJ famille*, 2009, p. 81.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ (Aline), « Délit d'opinion dissidente ? », *Dalloz*, 2016, p. 2393.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ (Aline), « La bioéthique, un droit genré », in ZATARA GROS (Anne-Françoise), *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ (Aline), « Le bébé du double espoir », *Recueil Dalloz*, 2011 p. 603.
- CLERCKX (Jocelyn), « L'embryon humain - le législateur, le début de la vie et la loi relative à la bioéthique », *Revue du droit public*, 3/§2006, p. 749.
- CLUZEL-MÉTAYER (Lucie), « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012, p. 442.

CORMIER (Mathilde), « Le juge administratif se montre de plus en plus strict en matière de motivation des décisions de refus d'autorisation d'exercer une activité d'assistance médicale à la procréation (CAA Lyon, 4 déc. 2001, Ministre des Affaires sociales, n° 97LY00854) », *RDSS*, 2003, p. 246.

CORMIER (Mathilde), « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé », *RDSS*, 2002, p. 641.

COROUGE (Gérard), « Le refus d'autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée dans les établissements hospitaliers privés - Conclusion sur tribunal administratif de Paris, 5 juillet 1989 », *RDSS*, 1990.

CORPART (Isabelle), « La santé de l'enfant à naître : vers l'enfant parfait ? », *Médecine et droit*, n° 5, 1995, p. 3.

COUSTET (Thomas), « La justice reconnaît la mention "sexe neutre" sur l'état civil », 16 octobre 2015, *Dalloz actualité*, 16 octobre 2015.

COUSTET (Thomas), « Mère porteuse : vers la fin d'un imbroglio ? », *Dalloz actualité*, 6 juillet 2017.

CRISTOL (Danièle), « QPC * Droit à la protection de la santé * Alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 * Obligation vaccinale * Conformité à la Constitution », *RDSS*, 2015.

CRISTOL (Danièle), « Stérilisation. Contraception. Handicapés mentaux », 26 septembre 2005, Association Collectif contre l'Handiphobie, *RDSS*, 2005, p. 1060 ;

DAMON (Julien), « Politiques familiales et allocations familiales : traits et évolutions », *RDSS*, n° 6, 2013.

DAVID (Georges), « Don de sperme : le lien entre l'anonymat et le bénévolat », *Andrologie*, 2010, p. 63 ;

DAVID (Georges), « La construction pratique d'une déontologie », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 77.

DE BECHILLON (Denis), CAYLA (Olivier), YAN (Thomas), « L'arrêt Perruche, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, 21 décembre 2000.

DE MONTECLER (Marie-Christine), « Pas de contrôle *in concreto* sur l'anonymat du donneur de gamètes », *Dalloz actualité*, 11 janvier 2018.

DE SCHUTTER (Olivier), « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Pretty c/ le Royaume-Uni, 29 avr. 2002) », *RTDH*, 2003/53, p. 71.

DEBOUT (Édouard), « La CEDH et la limitation constitutionnelle de l'avortement : une question procédurale ? », *Constitutions*, 2011, p. 213.

DECAUX (Emmanuel), « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA*, 1998, p. 66.

DEGUERGUE (Maryse), « La responsabilité du fait des produits et appareils de santé défectueux à l'hôpital », *AJDA*, 2003, p. 1946.

DEGUERGUE (Maryse), « Promesses, renseignements, retards », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, §161.

DEKEUWER (Catherine), « Faut-il avoir peur de l'autonomie reproductive ? L'exemple du DPI dans le contexte des cancers héréditaires », *Raison publique*, 8 janvier 2013.

- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Secret des origines : la crispation du droit », *Actualités sociales hebdomadaires*, n° 1975, mai 1996, p. 19.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs*, 4/2003, n° 107.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Droit civil et paternité », *Revue française des affaires sociales, Pères et paternité*, Hors-série, novembre 1988, p. 129.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *Dalloz*, 1986, Chronique spéciale, p. 307.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Les “droits des femmes” face aux réformes récentes du droit de la famille », *Année sociologique*, 2003/1, p. 286.
- DELAISI DE PARSEVAL (Geneviève), « Secret et anonymat dans l'AMP avec donneurs de gamètes ou le dogme de l'anonymat à la française », *Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, p. 197.
- DELMAS-MARTY (Mireille), « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC*, 2001 p. 495.
- DELMAS-MARTY (Mireille), « Peine de mort et suicide : passé, présent, comparaisons », *RSC*, 2008, p. 581.
- DELVOLVÉ (Pierre), « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754.
- DEMAY de GOUSTINE (Patrick), « Procréation médicalement assistée et pouvoir médical », *RDSS*, 1996, p. 1.
- DEMIRDKAN (Alexis), « L'avortement et les droits de la femme en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2001, p. 94.
- DEMME (Géraldine), LORETZ (Romain), « Responsabilité civile et naissance d'un enfant », *Revue internationale de droit comparé*, 2005-1, vol. 57, p. 103-109.
- DEPADT-SEBAG (Valérie), « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui -à propos de TGI Créteil, 30 sept. 2004 », *Dalloz*, 2005, p. 476.
- DEPADT-SEBAG (Valérie), « La procréation *post mortem* », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2213.
- DEPADT-SEBAG (Valérie), « La situation juridique de l'enfant au sein des nouvelles configurations familiales », *LPA*, 09 mars 2012, n° 50, p. 26.
- DIMITROV (Laure), « La stérilité comme condition du changement de sexe en question devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 23 juin 2015, n° 174, p. 44.
- DIONISI- PEYRUSSE (Amélie), « L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011 », *AJ Famille*, 2011, p. 492.
- DIONISI-PEYRUSSE (Amélie), « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2017, p. 329.
- DREIFUSS-NETTER (Frédérique), CORDIER (Alain), « Questionnement pour les États généraux de la bioéthique », *CCNE*, n° 105, 9 octobre 2008.
- DUBOUIS (Louis), « La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine », *RDSS*, 1998, p. 211.

- DUMITRU (Speranta), « Liberté de procréation et manipulation génétique. Pour une critique d’Habermas », *Raisons politiques*, 2003/4, n° 12.
- DUPONT (Marc), « Déclaration des enfants sans vie : pas de seuil de viabilité opposable aux familles », *Constitutions*, 2010, p. 75 ;
- EDELMAN (Bertrand), « Le Conseil constitutionnel et l’embryon », *Dalloz*, 1995, p. 205.
- EDELMAN (Bertrand), « L’arrêt Perruche : une liberté pour la mort », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2349.
- ÉGEA (Pierre), « Commentaire de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *RJPF*, 2004, p. 6787.
- ÉGEA (Pierre), « La “condition fœtale” entre “procréation et embryologie” », *RDSS*, 2005, p. 232.
- ÉGEA (Pierre), « Gestation pour autrui : annulation de la transcription des actes de naissance étrangers, CA Paris, 18 mars 2010 », *Dalloz*, 2010, p. 1683.
- ESCHYLLE (Jean-François), « Le juge de l’assistance éducative et l’IVG des mineurs célibataires », *RDSS*, 1997, p. 639.
- ESPINEIRA (Karine), « La médiatisation des politiques transgenres : du statut de contre-public à l’inégalité de la représentation », *Revue française des sciences de l’information et de la communication*, 4/2014.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.*, 2001, p. 285.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), « Controverse sur l’autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n° 48, p. 258.
- FARJAT (Gérard), « Entre les personnes et les choses, les centres d’intérêts », *RTD civ.* 2002, p. 221.
- FAVOREU (Louis), « La décision du 23 mai 1985 du Conseil constitutionnel relative au 6e protocole additionnel et la Convention européenne des Droits de l’homme », *Annuaire Français de Droit International*, Année 1985, 31, p. 868.
- FAVOREU (Louis), PHILIPP (Loïc), « Interruption volontaire de grossesse. Conformité de la loi aux traités internationaux (non) et au préambule de la Constitution de 1946. Droit à la vie », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1975, Sirey, 1975, p. 357.
- FENOUILLET (Dominique), « Pour une humanité autrement fondée », *Droit de la famille*, avril 2001, chronique 7, n° 4, p. 4.
- FERRIÉ (Scarlett-May), « État civil - Le principe d’inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », *Droit de la famille* n° 7, 7 Juillet 2017, étude 10.
- FERRY (Luc), « Tradition ou argumentation ? Des comités de « sages » aux comités de délibération », *Pouvoirs*, n° 56, 1991.
- FEUILLET (Brigitte), TESTART (Jacques), « Bioéthique : droits, valeurs, science », *Constitutions*, 2011, p. 167.
- FILS-TREVES (Muriel), MEHL (Dominique), PISIER (Evelyne). « Contre l’acharnement législatif », *Pouvoirs*, 1992, n° 56, p. 121.

FINEL (Laure), «La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales », *RDSS*, 1997, p. 223.

FOLSCHEID (Dominique), «Vers l'enfant garanti zéro défaut ? Conclusions du commissaire du gouvernement devant la CAA de Paris du 24 février 2003 », *AJDA*, 2003, p. 1496.

FONDIMAIRE (Elsa), «Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, 5/2014.

FONDIMARE (Elsa), «La loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *Revue des droits de l'homme*, ADL, septembre 2014.

FONDIMARE (Elsa), «La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes - Principe d'égalité (Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes) », *Revue des droits de l'homme*, ADL, juillet 2014.

FOSSIER (Thierry), «La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*, 1991, p. 1.

FOSSIER (Thierry), VERHEYDE (Thierry), «La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *La semaine juridique, Édition générale*, n° 30, 25 juillet 2001, act., p. 4.

FRANCILLON (Jacques), «Publicité ou propagande en faveur de moyens préconisés pour se donner la mort », *RSC*, 2002, p. 615.

FRANK (Rainer), «La signification différente attaché à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », *RIDC*, 3-1993, p. 635.

FRESNEL (Florence), «La stérilisation des handicapés mentaux », *Médecine et droit*, 1998, n° 31, p. 12.

FULCHIRON (Hugues), «La fin de la jurisprudence Carminati ? Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? » *Dalloz*, 2016, p. 1472.

FULCHIRON (Hugues), «Les paternités forcées : projet parental *versus* géniteur payeur », *Droit de la famille*, 2017, p. 1.

FURKEL (Françoise), «Le droit à la connaissance de ses origines en RFA », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, 1997, p. 931.

GALLMEISTER (Inès), «Enfant né handicapé : appréciation de la faute médicale caractérisée », *Dalloz*, 2013, p. 68.

GALLMEISTER (Inès), «État et capacité des personnes », *Répertoire de droit civil*, juin 2016.

GALLMEISTER (Inès), «Interdiction du diagnostic préimplantatoire : condamnation de l'Italie », *Dalloz actualité*, 10 septembre 2012.

GALLMEISTER (Inès), «La législation polonaise relative à l'avortement à l'épreuve de la CEDH », *Dalloz actualité*, 27 juin 2011.

GALLOUX (Jean-Christophe), «L'embryon communautaire », *Dalloz*, 2012, p. 410.

GALLOUX (Jean-Christophe), «Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain », *Dalloz*, 1996, p. 141.

- GALLOUX (Jean-Christophe), « La loi n° 2004-800, du 6 août 2004 sur la bioéthique », *Dalloz*, 2004, p. 2379.
- GALLOUX (Jean-Christophe), « Le CCNE sur les sciences de la vie est-il une autorité de doctrine ? » *in* CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993.
- GALLOUX (Jean-Christophe), GAUMONT-PRAT (Hélène), « Droits et libertés corporels », mars 2015 à février 2016, *Dalloz*, 2015, p. 752.
- GAUMONT-PRAT (Hélène), « L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance », *in* MUZNY (Petr), *La liberté de la personne sur son corps*, Actes du colloque « biomédecine et droit », Chambéry, Dalloz, 2010.
- GAUTIER (Arlette), « Les droits reproductifs, une nouvelle génération de droit ? », *Autrepart*, 15/2000, p. 167.
- GAY (Laurence), « L'interprétation de l'alinéa 11 du préambule constitutionnel de 1946, droit individuel aux prestations de Sécurité sociale ou protection de la santé publique ? Il faut choisir », *RFDC*, 2005, p. 362.
- GENEVOIS (Bruno), « Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985- Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983 », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, n° I-1985.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE (Géraud), « À la recherche du droit à la vie », *Mélanges Jean-Marie Verdier*, 2001, p. 325.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE (Géraud), « GPA : annulation de la transcription des actes de naissance contestant une filiation cependant reconnue », *Dalloz*, 2010, p. 1683.
- GÉRARD (Philippe), « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et société*, 1988, Vol. 12, n° 1.
- GÉRARD (Philippe), « L'idée de règle de connaissance : valeur, limites et incertitudes », *Revue interdisciplinaire d'étude juridique*, 2010/2, Vol. 65.
- GIRER (Marion), « Le droit à la protection de la santé dans l'alinéa 11 du préambule de 1946 : les impacts en termes de solidarité », *Médecine et droit*, 2016.
- GOBERT (Michelle), « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 25, 19 juin 2017.
- GOBERT (Michelle), « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 489.
- GORNY (Alain), « La faute de la victime en droit de la santé : où en est-on en 2008 ? », *Gazette du Palais*, 2 octobre 2008, p. 5.
- GONZALEZ (Gérard), « Quand vous serez bien vieille... : suicide assisté sans raison médicale », *JCP*, 2013, p. 650.
- GOUSTINE (Patrick), « La détermination de la mort en droit positif », *RDSS*, 1990, p. 595.

- GOUTTENOIRE (Adeline), «La reconnaissance partielle de la filiation de l'enfant né de GPA confirmée...» *JCP Générale*, décembre 2017, n° 51, p. 1333.
- GRANET LAMBRECHTS (Frédérique), «Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications», *AJ famille*, 2009, p. 76.
- GRANET LAMBRECHTS (Frédérique), «Établissement de la filiation maternelle hors mariage», *Dalloz*, 2001, p. 972.
- GRANET LAMBRECHTS (Frédérique), «Le nom d'un enfant naturel qui a fait l'objet d'une reconnaissance par son père au moment de la déclaration de naissance et de deux reconnaissances prénatales par sa mère» *Dalloz*, 1993, p. 169.
- GRANET LAMBRECHTS (Frédérique), «Droit de la filiation», *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1436.
- GRENIER (Guy), «Doctrine de la dégénérescence et institution asilaire au Québec», *Les cahiers du centre de Recherches historiques*, 12, 1994, 27 février 2009.
- GREVIN (Alexandra), «Procédures et législation face au handicap», *Journal des anthropologues*, 122-123, 2010, p. 229.
- GROSSHOLZ (Caroline), «Évaluation du préjudice», *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, avril 2015.
- GRÜNDLER (Tatiana), «Droits des enfants contre droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X»?», *Revue des droits de l'homme*, 3/2013.
- GRÜNDLER (Tatiana), «Le juge et le droit à la protection de la santé», *RDSS*, 2010, p. 835.
- GRÜNDLER (Tatiana), «Une clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison», *Droits et cultures*, 2017, p. 155.
- GUEDJ (Alain), «Le cas d'une erreur de diagnostic», *RFDA*, 2004, p. 782.
- GUEDJ (Alain), «Le régime de l'importation des cellules souches» *RFDA*, 2003, p. 763.
- GUEZ (Philippe), «Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil?», *La Revue des droits de l'homme*, 8/2015.
- GUIOMARD (Philippe), «L'état civil des enfants nés sans vie», *Dalloz actualité*, 8 février 2008.
- HAFTEL (Bernard), «Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé», *Dalloz*, 2016, p. 1477.
- HAMMJE (Petra), «Maternité pour autrui, possession d'état et état civil», *Revue critique de DIP*, 2011, p. 722.
- HAMON (Francis), «Le droit de ne pas naître devant le Conseil constitutionnel», *LPA*, 29 juillet 2010, n° 150, p. 4.
- HAMOU (Sarajoan), «La condition de stérilité comme préalable au changement de sexe à l'état civil constitue une violation du droit au respect de la vie privée», *Gazette du Palais*, 4 juillet 2017, n° 25, p. 93.
- HAOUIA (Naima), «Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit de l'enfant», *LPA*, 11 octobre 2013, n° 204, p. 7.

- HARDOUIN (Michel), « Grossesse et liberté de la femme », *Droit social*, 1977, p. 287.
- HAUPER (Joëlle), DE SMET (Yves), SPAUTZ (Jean-Marie), « Les théories de la dégénérescence de Bénédict Augustin moral (1809-1873) : inspirateurs et thuriféraires », *L'information psychiatrique*, Vol. 80, numéro 1, Janvier 2004.
- HAUSER (Jean), « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent », *RTDciv.* 1993, p. 97.
- HAUSER (Jean), « Encore le droit de ne pas naître, l'auto-destruction de l'homme par l'inflation des droits subjectifs », *RTDciv.*, 1996, p. 871.
- HAUSER (Jean), « L'avis de la Cour de cassation sur la stérilisation non thérapeutique », *RTDciv.*, 1998, p. 88.
- HAUSER (Jean), « La mort civile de l'enfant », *RTDciv.*, 1998, p. 891.
- HAUSER (Jean), « La vie familiale du transsexuel : le temps des distinctions », *RTDciv.*, 1998, p. 92.
- HAUSER (Jean), « L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTDciv.*, 2001, p. 560.
- HAUSER (Jean), « Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique », *RTDciv.*, 2002, p. 795.
- HAUSER (Jean), « Accouchement anonyme et paternité (suite) », *RTDciv.*, 2004, p. 275.
- HAUSER (Jean), « L'embryon congelé n'a pas de valeur vénale et n'est pas un être cher », *RTDciv.*, 2004, p. 482.
- HAUSER (Jean), « Réforme de la filiation : les dispositions transitoires », *AJfam.* 2005, p. 432.
- HAUSER (Jean), « L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de venir ou de ne pas devenir parent », *RTDciv.*, 2007, p. 545.
- HAUSER (Jean), « De l'enfant né sans vie à l'enfant projeté et des paternités morales qui pourraient rapporter », *RTDciv.*, 2008, p. 268.
- HAUSER (Jean), « Intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTDciv.*, 2008, p. 93.
- HAUSER (Jean), « Actes d'enfant sans vie (suite et fin ?) ou la démission du législateur », *RTDciv.*, 2008, p. 652.
- HAUSER (Jean), « Actes d'enfant sans vie : retour à la case départ ? », *RTDciv.*, 2010, p. 75.
- HAUSER (Jean), « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis », *RTDciv.*, 2010, p. 540.
- HAUSER (Jean), « Le nom et la filiation : un intérêt supérieur à géométrie variable dans le temps », *RTDciv.*, 2010, p. 759.
- HAUSER (Jean), « Les parents sont égaux mais l'un serait plus égal que l'autre ! Une paternité au prix de la course ? », *RTDciv.*, 2010, p. 773.
- HAUSER (Jean), « L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui », *RTDciv.* 2011, p. 340.

- HAUSER (Jean), « Brevetabilité des inventions sur l'embryon (suite et fin) », *RTDcin.*, 2012, p. 85.
- HAUSER (Jean), « Le désordre progressif de l'accouchement anonyme », *RTcin.*, 2013, p. 587.
- HAUSER (Jean), « Définition de l'embryon humain et brevetabilité : l'embryon, une cellule qui a de l'avenir ? », *RTDcin.*, 2015, p. 9.
- HAUSER (Jean), « Un sexe que je veux et quand je veux », *RTDcin.*, 2017, p. 350.
- HEERS (Mireille), « Existe-t-il un droit à l'avortement ? À propos de la responsabilité d'un hôpital du fait de la non-révélation d'une anomalie fœtale », *Revue de droit sanitaire et social*, 1991, p. 69.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Much ado about nothing ? Retour sur le « dispositif anti-Perruche » dans la loi du 4 mars 2002 », *AJDA*, 2003, p. 2049.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Recueil Dalloz*, n° 44, 2004, p. 3154.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « De la chance d'être parent », *AJDA*, 2004, p. 1546.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 ou la fin de l'exception bioéthique », *RDSJ*, 2005/2, p. 185.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine, Enjeux et perspectives », *RTDE*, 2009, n° 1, p. 21.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage », *AJDA*, 2009, p. 216.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Words count : how interest in stem cell has made the embryo available - a look at french law of bioethics », *Medical law review*, 17, Spring 2009.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), NOWENSTEIN (Graciela), « Dire la mort et faire mourir - tensions autour de la mort encéphalique et la fin de vie en France », *Sociétés contemporaines*, 2009/03, n° 75.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et Politique dans la détermination des contours de l'office du juge », *Mélanges Philippe Manin*, 2010.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « *Vadémécum* à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme- La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de "splendide isolement" », *Recueil Dalloz*, 2011, n° 20, p. 1360.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « L'embryon de l'Union », *RTDEur.*, 2012, p. 355.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Reasonableness and Biolaw », *Raison publique*, mai 2012.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *AJDA*, 2012, p. 2115.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *Revue des droits de l'homme*, ADL, 2014.
- HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Un Brexit des droits de l'homme ? », *Délibérée*, 2017/1, n° 1, p. 104.

- HENNION JACQUET (Patricia), « D'un avortement... l'autre ? », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2648.
- HENNION JACQUET (Patricia), « Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2814.
- HENNION JACQUET (Patricia) « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.
- HERMITTE, (Marie-Angèle), « Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés », *Gazette du Palais*, 25 octobre 1997, p. 1403.
- HERVIEU (Nicolas), « L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », *Revue des droits de l'homme*, ADL, 2012.
- HERVIEU (Nicolas), « Les prudentes audaces de la jurisprudence européenne face à l'assistance au suicide » *Revue des droits de l'homme*, ADL, 2012.
- HERVIEU (Nicolas), « Transsexualité - remboursement des frais médicaux de conversion sexuelle (CEDH 8 janv. 2009, Schlumpf c. Suisse) », *Revue des droits de l'homme*, ADL, 2009.
- HERZOG EVANS (Martine), « Détenus : vers un droit à procréer ? - Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal*, 2008, p. 47.
- HERZOG EVANS (Martine), « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.*, 2000, p. 65.
- HOCQUET BERG (Sophie) « Le dispositif "anti-Perruche" efficacement à l'œuvre », *Dalloz actualité*, 19 février 2014.
- HORN (Ruth), « Le débat sur l'euthanasie et ses répercussions sur les pratiques médicales en fin de vie. Un regard comparatif : France-Allemagne », *Pratiques et organisations des soins*, Volume 41/4, octobre-décembre 2010.
- HORS CAYLA (Marie-Claude), CAYLA (Jean-Simon), « Progrès et limite du DPN », *RDSS*, 1997, p. 772.
- HOUSIER (Jean), « Sexe neutre : la Cour de cassation s'en remet à la loi - Cour de cassation, 1re civ. 4 mai 2017 », *AJ famille*, 2017, p. 354.
- HUET WEILLER (Danièle), « Détournement de l'adoption », *RTD civ.*, 1991, p. 517.
- IACUB (Marcela), « La construction de la mort en droit français », *Enquête, Les objets du droit*, 7-1999.
- IACUB (Marcela), « Pour un statut de géniteur sous X, la fin d'un privilège féminin et du patriarcat », *Psychologie*, novembre 2006, p. 92.
- JACQUINOT (Claude), « L'éthique du vivant », *Gazette du Palais*, 25 octobre 1997.
- JAEGER (Marcel) « Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation », *Vie sociale*, 3/2009, p. 71.
- JALUZOT (Béatrice), « Méthodologie du droit comparé, Bilan et perspectives », *RIDC*, 1-2005, p. 29.
- JARVIS-THOMSON (Judith), « Une défense de l'avortement », *Raisons politiques*, 2003/4 n° 12, p. 3.
- JEAMMAUD (Antoine), SERVERIN (Évelyne), « Évaluer le droit », *Dalloz*, 1992, p. 263.

- JEANMONOD (Grégoire), GASSER (Jean), HELLER (Geneviève), « Réglementation de la stérilisation des personnes mentalement déficientes. Perspectives historiques et réflexions actuelles », *Revue européenne du handicap mental*, 2002, p. 28.
- JOLY (Sophie), « Le passage de la personne, sujet de droit à la personne, être humain, à propos de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 29 juin 2001 », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2001, chronique 22.
- JOUANJAN (Olivier), « Justifier l'injustifiable », *Astéris*, n° 4, 2006, p. 123.
- JOUANJAN (Olivier), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 144.
- JOURDAIN (Patrice), « Les actes de chirurgie esthétique sont des actes de soins à propos de CC, 1re, 5 févr. 2014 n° 1229140 », *Dalloz*, 2014, p. 697.
- JOURDAIN (Patrice), « Lien de causalité : l'équivalence des conditions n'est pas morte ! », *RTD civ.*, 2000, p. 335.
- JUAN (Sebastian), « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *Revue de droit public*, 2006, n° 2.
- KELLER (Rémy), « Droit au respect de la vie et droits du patient - La question de l'interruption d'un traitement : la réponse », *RFDA*, 2014, p. 657.
- KESSLER (Francis), « Protection juridique des personnes handicapées. La Cour de cassation s'intéresse à nouveau aux majeurs en tutelle (rapport annuel de la Cour de cassation 2000) », *RDSS*, 2001, p. 619.
- KESSLER (Guillaume), « Le droit de ne pas être père », *AJ Famille*, 2017, p. 292.
- LABBÉE (Xavier), « La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels », *Dalloz*, 2005, p. 930.
- LABBÉE (Xavier), « La vie humaine mise sur le marché », *LPA*, 5 sept. 2002.
- LABBÉE (Xavier), « La valeur de l'embryon congelé », *Dalloz*, 2004, p. 1051.
- LABBÉE (Xavier), « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *Dalloz*, 2007, p. 1251.
- LABBÉE (Xavier), « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *Dalloz*, 1999, p. 437.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *Mélanges Lambert*, Dalloz, 2002, p. 271.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), « Code civil et code de la santé publique », *RDSS*, 2008, p. 427.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), « L'indemnisation du handicap de naissance et la question de l'eugénisme », *Mélanges Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Dalloz, 2002, p. 270.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), BELLIVIER (Florence), « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *RIDC*, Vol. 54, n° 2, avril-juin 2002, p. 583.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), MATHIEU (Bertrand), « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », *Le monde*, 24 novembre 2000.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, 13, 1991, p. 19.

- LABRUSSE-RIOU (Catherine), « La maîtrise du vivant : matière à procès » ?, *Pouvoirs*, n° 56.
- LABRUSSE-RIOU (Catherine), « Sciences de la vie et légitimité », *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, 1994, p. 295.
- LAFAGE (Pierre), « Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement », *Gazette du Palais*, 16 février 2007, n° 47, p. 14.
- LAJARTRE (Arnaud), « La responsabilité hospitalière face au DPN erroné », *Revue juridique de l'Ouest*, 1997-3, p. 265.
- LAMBERT FAIVRE (Yvonne), « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *Dalloz*, 2002, p. 1291.
- LAMBOLEY (Annie), « L'enfant à naître ne peut être victime d'un homicide volontaire regard critique sur la décision du 29 juin 2001 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation », *Médecine et droit*, 2002, n° 52, p. 5.
- LASCOURMES (Pierre), DEPPAIGNE (Anne), « Catégoriser l'ordre public - la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, n° 27, 1997.
- LASSALAS (Christine), « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité... », *LPA*, n° 120, juin 2016, p. 6.
- LAUDE (Anne), MATHIEU (Bertrand), BIOY (Xavier), « Constitutions et santé », *RDSS*, 2013, p. 5.
- LAUDIJOIS (Marie), « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006, p. 376.
- LAZZARATO (Maurizio), « Du biopouvoir à la biopolitique », *Multitudes 1*, mars 2000.
- LE BAUT-FERRARESE (Bernadette), « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soin », *AJDA*, 2003, p. 1383.
- LE BOURSICOT (Marie-Christine) « L'adoption pour les enfants issus de GPA : une voie qui n'est pas sans obstacle », *Revue Juridique Personnes et Famille*, décembre 2017, n° 12.
- LE GAG-PECH (Sophie), « Sexe, preuve et vérité », *LPA*, 26 septembre 2012, n° 193, p. 5.
- LE GOFF (Robert), « Responsabilité d'un hôpital du fait de la destruction d'embryons », *AJDA*, 2006, p. 442.
- LE POURHIET (Anne-Marie), « Le Conseil constitutionnel et l'éthique biomédicale » *Mélanges Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 214.
- LE RUDULIER (Nicolas), « Constitutionnalité de l'accouchement sous X », *Dalloz actualité*, 30 mai 2012.
- LEBLANC (Patrick), « La nouvelle loi bioéthique du 7 juillet 2011 relative au diagnostic prénatal peut-elle prévenir tout risqué de dérive eugénique ? », *Éthique et santé*, 2012, 9, p. 60
- LEBRETON (Gilles), « Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du CE 2 juillet 1993, Milhaud) », *Dalloz*, 1994, p. 352.
- LEFEBVRE (Valérie), « Reconnaissance de paternité : de l'intérêt supérieur de l'enfant de connaître sa filiation réelle », *Dalloz actualité*, 8 février 2016.

- LEGROS (Ève), « L'embryon défectueux », *LPA*, 5 décembre 2002, n° 243 p. 63.
- LEMOULAND (Jean-Jacques), « Le tourisme procréatif », *LPA*, Actualité du droit international privé de la famille, 28 mars 2001, p. 24.
- LEROYER (Anne-Marie), « Droits des malades - Fin de vie », *RTDciv.*, 2005, p. 645.
- LEROYER (Anne-Marie), « Adoption plénière de l'enfant du conjoint à la suite d'une « procréation amicale » : que devient le père biologique ? » *RTDciv.*, 2018, p. 371.
- LEROYER (Anne-Marie), « Pupille de l'État », *RTDciv.*, 2013, p. 898.
- LEROYER A.M, « Réforme de la filiation », *RTDciv.*, 2005, p. 836.
- LEVADE (Anne), « L'inconstitutionnalité partielle du “dispositif anti-Perruche” ou quand l'inconstitutionnalité rejoint l'inconventionnalité », *Constitutions*, 2010, p. 391.
- LEVASSEUR (Georges), « Empoisonnement. Provocation au suicide », *RSC*, 1993, p. 774.
- LEVINET (Michel), « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009/1, n° 49, p. 254
- LIANOS (Florence), « Les enjeux de l'accouchement sous X », *Droit et société*, 82/2012, p. 648.
- LINOSSIER (Lucien), « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culture et juridique », *Dalloz*, 1981, p. 139.
- LOISEAU (Grégoire), « L'acte II d'enfant sans vie », *Droit de la famille*, 2008, n° 135.
- LOISEAU (Grégoire), « Pour un droit des choses », *Dalloz*, 2006, p. 3015.
- LOKIEC (Pascal), « La décision médicale », *RTDciv.*, 2004, p. 641.
- LOMBOIS (Claude), « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 1992, p. 323.
- LOUVEL (Bertrand), « Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance », *Gazette du Palais*, 6 et 7 janvier 1984.
- MAIGRET (Julien), « La règle infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur appliquée au Code pénal ? », *LPA*, n° 167, 20 août 2004, p. 3.
- MALJEAN-DUBOIS (Sandrine), « Bioéthique et droit international. », *Annuaire français de droit international*, Vol. 46, 2000, p. 102.
- MALLET-BRICOUT (Blandine), « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2003, p.1240.
- MALLET-BRICOUT (Blandine), « Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *Dalloz*, 2006.
- MAMERI (Quentin), FILLION (Emmanuel), CHAMPENOIS (Bénédicte), « Le juge et le diagnostic prénatal depuis la loi du 4 mars 2002 », *Revue européenne de recherche sur le handicap*, Vol. 9, Issue 4, octobre-décembre 2015, p. 341.

- MARAI (Astrid), « Et au-delà de l'IAID pour toutes : la maternité pour autrui ? », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, n° 2, 2013, p. 20.
- MARAI (Astrid), « Arrêt des soins sur un mineur contre l'avis des parents : conformité à la Convention européenne », *Dalloz actualité*, 5 février 2018.
- MARAI (Astrid), « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *La semaine juridique - Édition générale*, n° 45, 7 novembre 2016, p. 1164.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée », *RTDciv.*, 2002, p. 866.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTDciv.*, 2003, p. 375.
- MARGUÉNAUD (Jean Pierre), « Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, Cour EDH 1^{re} section, 2 juin 2005, *Znamenskaya c/ Russie* », *JCP G* 2005.I. 159, n° 14, obs. F. Sudre, *RTDciv.*, 2005, p. 737.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé la Cour de Strasbourg, Cour européen de droits du Mâle », *RTDciv.*, 2007, p. 295.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « L'état civil dans tous ses états : le transsexualisme encore et toujours », *RTDciv.*, 2007, p. 737.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Le droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », note sous CEDH, S.H. et autres contre Autriche, 1^{er} avril 2010, *RTDciv.*, 2010, p. 291.
- MARGUÉNAUD (Jean Pierre), « Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore », *RTDciv.*, 2011, p. 311.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore », *RTDciv.*, 2011, p. 311.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs », *RTDciv.*, 2012, p. 697.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Stérilisation et transsexualisme (à propos de CEDH, 2^e section, 10 mars 2015, n° 14793/08, Y.Y contre Turquie, D.2015, p.682) », *RTDciv.*, 2015, p. 331.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTDciv.*, 2016, p. 802.
- MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTDciv.*, juillet 2018, n° 2, p. 349.
- MARTIN (Raymond), « Les premiers jours de l'embryon, à propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP*, n° 8-9, 20 février 2002.
- MARTIN (Raymond), « Les premiers jours de l'embryon. A propos du projet de loi relatif à la bioéthique », *JCP*, n° 8/9, 20 février 2002, p. 383
- MARTINEZ (José) « Échec d'une stérilisation contraceptive et responsabilité de l'hôpital public », *RFDA* 1995, p. 1222.

- MASCALA (Corinne), « Consentement de la victime », *JCP Pénal*, Fasc. Unique, 20 avril 2013.
- MASSIAS (Florence), « Arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* (29 avril 2002) relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *RSC*, 2002, p. 645.
- MASSIP (Jacques), « L'illicéité des associations tendant à favoriser les maternités de substitution », *Dalloz*, 1990, p. 273.
- MASSIP (Jacques), « Peut-on procéder à la stérilisation d'une majeure incapable », *LPA*, n° 110, 03/06/1999, p. 20.
- MATHIEU (Bertrand), « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science -à propos de la décision n° 94-343-344 DC 27 juillet 1994 », *RFDA*, 1994, p. 1019.
- MATHIEU (Bertrand), « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain », *RIDC*, 1998, n° 4, Vol. 50, p. 1031.
- MATHIEU (Bertrand), « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *Dalloz*, 1999, p. 451.
- MATHIEU (Bertrand), « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel », *Cahiers constitutionnels*, 1999, n° 6.
- MATHIEU (Bertrand), « Constitution et génome », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, n° 14, p. 527.
- MATHIEU (Bertrand), VERPEAUX (Michel), BACHESTANI PERREY (Laurence), SAUVAGEOT (François), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », n° 27, Janvier-Juin 2001, *LPA*, 28 décembre 2001, n° 259, p. 15-16.
- MATHIEU (Bertrand), « Une jurisprudence selon Ponce Pilate -Constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2533.
- MATHIEU (Bertrand), « Génome humain et droits fondamentaux », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 53-1 p. 236.
- MATHIEU (Bertrand), « La révision des lois bioéthique », *Dalloz*, 2009, p. 1672
- MATTEI (Jean-François), « Trisomie 21 : naître ou ne pas naître », *ETVDES*, juin 1997, p. 751.
- MAUPIN (Emmanuelle), « Le Conseil d'État valide l'arrêt des soins d'une adolescente se trouvant dans un état végétatif persistant », *Dalloz actualité*, 11 janvier 2018.
- MAYAUD (Yves), « Stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître », *RSC*, 2003, p. 95.
- MAYAUD (Yves), « Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus », *RSC*, 1999, p. 813.
- MAYAUD (Yves), « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Dalloz*, 2001, p. 2917.
- MAZEAUD (Denis), « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », *RTDciv.*, 2018, p. 72.
- MAZZONI (Cosimo Marco), « La protection réelle de l'embryon », *Droits et cultures*, n° 51, 2006, p. 145.

- MÉMETEAU (Gérard), « La stérilisation des malades mentaux », *Synapses*, février 1989, n° 51, p. 52.
- MÉMETEAU (Gérard), « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTDciv.*, 1990, p. 622.
- MÉMENTEAU (Gérard), « L'embryon législatif », *Dalloz*, 1994, p. 455.
- MÉMETEAU (Gérard), « Vie biologique et personnalité juridique » in Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrième journées René Savatier, 1994, p. 30.
- MÉMENTEAU (Gérard) « L'action de vie dommageable », *JCP* 2001, I, n° 279.
- MÉMETEAU (Gérard), « Jurisprudence - avortement, à propos de CA Bordeaux, avril 2007 Gérard X contre Ministère public et autres », *Gazette du palais*, n° 214, 2007, p. 11.
- MÉMETEAU (Gérard), « Transsexualisme et débat de société », *Médecine et droit*, 2007, p. 146.
- MESNIL (Marie), « La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre », *JDSAM*, 2017, n° 16, p. 62.
- MESTRE (Jacques), « Formation (ou contenu) des contrats et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDciv.*, 1992, p. 88.
- MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTDciv.*, 1987, p. 645.
- MINET-LELEU (Alice), « L'indisponibilité du vaccin trivalent sanctionné par le juge administratif », *RDSS*, 2017, p. 459.
- MIRKOVIC (Aude), « Le transfert d'embryons *post mortem* : comment sortir de l'impasse ? », *Dalloz actualité*, 29 juin 2009.
- MIRKOVIC (Aude), « Mère porteuse : mère indéterminée », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2009.
- MIRKOVIC (Aude), « La recherche sur l'embryon stoppée à Luxembourg », *AJ Famille*, 2011, p. 518.
- MIRKOVIC (Aude), « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *Dalloz*, 2012, p. 110.
- MIRKOVOC (Aude), « Interdiction de la GPA : quand l'inertie judiciaire tourne à l'imbroglie juridique », *Dalloz actualité*, 20 juillet 2018.
- MISTRETA (Pierre), « L'IVG, répertoire de droit pénal et de procédure pénale », art. 2, n° 25, *Dalloz*, 2009.
- MOISDON-CHATAIGNER (Sylvie), « L'avenir d'un enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS*, 2011, p. 329.
- MONÉGER (Françoise), « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé », *RDSS*, 2002, p. 639.
- MONÉGER (Françoise), « L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire *Odièvre c/ France* », *RDSS*, 2003, p. 219.

- MONTECLER (Marie-Christine), « Un contrôle de conventionnalité in concreto - Conseil d'État 31 mai 2016 », *AJDA*, 2016, p. 1092.
- MONTECLER (Marie-Christine), « Les premiers effets de la loi anti-Perruche », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2156.
- MOREAU-DAVID (Jacqueline), « Approche historique du droit de la mort », *Dalloz*, 2000, p. 266.
- MORON-PUECH (Benjamin), « Condition de changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt YY contre Turquie du 10 mars 2015 », *Revue des droits de l'homme*, ADL, mars 2015.
- MORON-PUECH (Benjamin), « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chronique n° 28, 2016.
- MORON-PUECH (Benjamin), « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *Dalloz*, 2016, p. 904.
- MORON-PUECH (Benjamin), « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *Dalloz*, 2017, p. 1404.
- MORON-PUECH (Benjamin), « L'arrêt A.P, Nicot et Garçon contre France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La revue des droits de l'homme*, ADL, 3 mai 2017.
- MORVAN (Patrick), « La notion de doctrine », *Dalloz*, 2005, p. 2421.
- MOSSUZ (Jean), « La régulation des naissances », *Revue française de sciences politiques*, 1966, vol.16, n° 5, p. 918.
- MOULY (Jean), « Du prétendu homicide de l'enfant à naître », *Revue de sciences criminelles*, 2005, p. 47.
- MUIR-WATT (Horatia), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, 52-3, p. 518.
- MURAT (Pierre), « Procréation assistée et droits de l'enfant », *RDSS*, 1991, p. 387.
- MURAT (Pierre), Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, *RDSS*, 1995, p. 451.
- MURAT (Pierre), « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *JCP*, septembre 1997, chronique n° 4.
- MURAT (Pierre) « L'affaire Perruche : où l'humanisme cède à l'utilitarisme », *Droit de la Famille*, 2001, p. 28
- MURAT (Pierre), « Acte d'enfant sans vie : un mieux », *Droit de la famille*, avril 2002, p. 23, chronique n° 48.
- MURAT (Pierre), « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux », *Archives de philosophie du droit*, t. 57, *La famille en mutation*, Paris, Dalloz, 2014, p. 291.
- NEIRINCK (Claire), « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS*, 2002, p. 189.
- NEIRICK (Claire), « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? » *Dalloz*, 2003, p. 841.
- NEIRINCK (Claire) « Aide sociale à l'enfance, accouchement sous X, reconnaissance prénatale paternelle, Convention internationale des droits de l'enfant, droits du père biologique », *RDSS*, 2006, p. 575.

- NEIRINCK (Claire), « L'égalité sexuée, péché originel de la procréation médicalement assistée », *Mélanges Gérard Mémeteau*, LEH éditions, 2015, p. 552.
- NEIRINCK (Claire) « Enfance », *Répertoire de droit civil*, octobre 2016.
- NERSON (Roger), « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.*, 1970, p. 678.
- NICOLAS-MAGUIN (Marie-France), « Droit de la filiation et procréation médicalisée : une coexistence difficile », *Droits et culture, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, Harmattan, n° 51, 2006/1, p. 132.
- NICOLAS-MAGUIN (Marie-France), « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *Dalloz*, 1995, p. 75.
- NIEL (Paul-Ludovic), « Diagnostic prénatal et responsabilité hospitalière », *Gazette du Palais*, 23 juin 2006, n° 82, p. 44.
- NIZARD (Alfred), « Droits et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », *Population*, 32 années, n° 1.
- ODUL-ASOREY (Isabelle), « Congé maternité, droit des femmes », *Revue des droits de l'homme*, 2013/3.
- PARICARD (Sophie), « La fin de la stérilité du transsexuel ? », *RDSS*, 2015, p. 643.
- PARICARD (Sophie), « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? », *Revue des droits de l'homme*, 8/2015.
- PARICARD (Sophie), « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ Famille*, 2016, p. 585.
- PARICARD (Sophie), « Vers un droit de la filiation spécial de la filiation ? », *Dalloz*, 2018, p. 75.
- PEDROT (Philippe), « Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité ? », *RDSS*, 2002, p. 475.
- PEDROT (Philippe), « Convention sur les droits de l'homme et la Biomédecine », *RDSS*, 2010, p. 982.
- PEDROT (Philippe), « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP*, 1991, I, p. 3483
- PEIS-HITIER (Marie-Pierre), « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *Dalloz*, 2005, p. 865.
- PENNEAU (Jean), « Corps humain - bioéthique », *Répertoire de droit civil*, *Dalloz*, septembre 2012.
- PENNEAU (Jean), « Chirurgie du transsexualisme », *Répertoire de droit civil*, article 4, §440, septembre 2012.
- PERRIN (Ségolène), « Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *AJ famille*, 2012, p. 23.
- PETIT (Jacqueline), « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *RTD civ.*, 1976, p. 267.
- PETIT (Jacqueline), « L'application de la loi anti-Perruche, sous CE 6 décembre 2012 », *RFDA*, 2003, p. 339.

- PHILIPPOT (Alice), « Devenir homme ou femme : identité sexuelle à nouveau devant la Cour de cassation », *LPA*, 03 août 2012, n° 155, p. 11.
- PHILIPPPE (Catherine), « La viabilité... encore », *RDSS*, 2003, p. 316.
- PIAZZON (Thomas), « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1er juin 2017, n° 55-56, p. 183.
- PICARD (Étienne), « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999-4 p. 897.
- PICHARD (Marc), « La filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements*, n° 82, 2015/2, p. 142.
- PICHARD (Marc), « La commande d'enfant par son géniteur est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1143.
- PIN (Xavier), « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand. Éléments pour une comparaison », *RSC*, 2003, p. 259.
- PLANCKEEL (Frédéric), « La naissance pénale de l'enfant », *Dalloz*, 2003, p. 660.
- POISSON-DROCOURT (Élisabeth), « Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption », *Dalloz*, 2004, p. 2249.
- POMARD (Cathy), « Droit de l'enfant », *LPA*, Chronique n° 9, 15-16 août 2014, n° 163 -164.
- PONTHOREAU (Marie-Claire), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, 57-1, p. 7.
- POPU (Hélène), « La reconnaissance de l'existence administrative du fœtus mort-né », *Defrénois*, n° 13, p. 1443.
- POUMAREDE (Jean), « De la sureté à la sécurité : itinéraires historiques », in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Colloque 2006, Travaux de l'IFR, Mutation de la norme juridique, n° 7, Toulouse, PUSS, 2002.
- POUPEAU (Diane), « L'affaire Lambert se poursuivra devant la CEDH -Conseil d'État 24 juin 2014 », *AJDA*, 2014, p. 1293.
- POURART (Caroline), « Obligation d'information du médecin quant au risque d'échec d'une IVG », *Dalloz*, 2003, p. 661.
- PRADA BORDENAVE (Emmanuelle), « Les carences de l'État dans la prévention des risques liés à l'amiante », *RFDA*, 2004, p. 612.
- PRADEL (Jean), « La seconde mort de l'enfant conçu », *Dalloz*, 2001, p. 2907.
- PRADEL (Jean), « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *Dalloz*, 2004, p. 2456.
- PUYBASSET (Louis), « Faut-il légaliser ? » *Dalloz*, 2007, p. 1328.
- QUINCHE (Florence), « Bienvenu à Gattaca ? Un nouvel eugénisme ? », *Éthique et santé*, 2009, 6, p. 198.
- RASSAT (Marie-Laure), « Sexe, médecine et droit », *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 657.

- RAYMOND (Guy), « L'assistance médicale à la procréation après la promulgation des lois bioéthiques », *JCP*, 1994, I, n° 66, p. 3796.
- RAYMOND (Guy), « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gazette du Palais*, 1993, 1, p. 524.
- RAYNAYD (Pierre), « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *Dalloz*, 1988, p. 109.
- REGINE, « Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n° 2014-873 du 4 août 2014 », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1895.
- REIGNÉ (Philippe), « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *Dalloz*, 2015, p. 1875.
- REIGNÉ (Philippe), « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI siècle - à propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La semaine Juridique Édition générale*, n° 51, 19 décembre 2016, p. 1378.
- REIGNÉ (Philippe), « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *La Semaine Juridique, Édition Générale* n° 17, 25 avril 2011, p. 480.
- REIGNÉ (Philippe), « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », *Dalloz*, 2016, p. 1915.
- REIGNÉ (Philippe), « Modification de l'état civil d'une personne transidentitaire en raison de l'irréversibilité des effets de son traitement hormonal », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2012, comm. 38.
- REIGNÉ (Philippe), « Sexe, genre et état des personnes », *La semaine juridique, Édition générale*, n° 42, 17 octobre 2011, 1140, p. 1886.
- REMY-CORLAY (Pauline), « Convention de New York. Applicabilité directe de l'article 7. Accouchement sous X et reconnaissance paternelle. Droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Impossibilité de l'adoption plénière sans l'accord paternel », *RTDciv.*, 2006, p. 273.
- RITLENG (Dominique), « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - De l'office du juge des référés saisi de moyens d'inconventionnalité », *RTDeuropéen*, 2017, p. 319.
- ROLLAND (Christine), SICOT (François), « Les recommandations de bonne pratique en santé - du savoir médical au pouvoir néo-managérial », *Presses de Sciences Po, Gouvernement et action publique*, 2012/3, n° 3.
- ROMAN (Diane), « À corps défendant », *Dalloz*, 2007, p. 1284.
- ROMAN (Diane), « L'AMP, nouveau droit de l'homme ? Note sous CEDH, Evans contre RU », 10 avril 2007, *RDSS* 2007, p. 810.
- ROMAN (Diane), « L'avortement devant la Cour EDH, À propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, Tysiac c/ Pologne », *RDSS*, 2007.
- ROMAN (Diane), « Identité de genre, droit et médecine, un débat à bas bruit », *Raison publique*, 15 mai 2012.
- ROMAN (Diane), « La gestation pour autrui : un débat féministe ? Troubles dans la maternité », *Travail, genre et société*, 2012, n° 28, p. 195.
- ROMAN (Diane), « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? », *Constitutions*, 2010, p. 79.

- ROMAN (Diane), « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDS*, 2012, p. 750.
- ROUJOU DE BOUBÉE (Gabriel), « La mort du fœtus provoquée par l'imprudence d'autrui », *Dalloz*, 2004, p. 2754.
- ROUJOU DE BOUBÉE (Gabriel), GARÉ (Thierry), MIRABAIL (Solange), « Droit pénal », *Dalloz*, 2007, p. 399.
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.*, 1990, p. 254.
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Le droit de l'interruption de grossesse », *LPA*, 1996, n° 69, p. 22.
- RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Droit de la famille », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 25, 17 juin 1992.
- SAINTE-ROSE (Jerry), « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *Dalloz*, 2001, p. 2917.
- SAINTE-ROSE (Jerry), « Réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicap », *Dalloz*, 2001, p. 316.
- SALVAGE-GEREST (Pascale), « Benjamin encore... Une indispensable mise au point », *AJ fam.*, 2005, p. 18.
- SALVAGE-GEREST (Pascale), « L'adoption par la mère d'intention en cas de GPA : qu'en penser ? », *AJ Famille*, décembre 2017, n° 12, p. 643.
- SARCELET (Jean-Dominique), « Convention de mère porteuse et ordre public : le droit d'agir du ministère public », *Dalloz*, 2009, p. 332.
- SARCELET (Jean-Dominique), « L'exigence de la preuve de la réalité du syndrome transsexuel : le caractère irréversible de la transformation de l'apparence sexuée », *Gazette du Palais*, 21 juin 2012, n° 173, p. 8.
- SAUVAGE (François), « L'acte d'enfant sans vie discrètement réglementé », *AJ famille*, 2008, p. 392.
- SCHOETTL (Jean-Éric), « Le conseil peut-il être à nouveau saisi d'une loi non promulguée mais sur laquelle il a déjà statué ? », *LPA*, n° 139, 13 juillet 2001, p. 23.
- SENNERS (François), « Préjudice réparable », *Jurisclasseur*, octobre 2011.
- SERIAUX (Alain), « Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1996.
- SERVERIN (Évelyne), « De l'avortement à l'interruption volontaire de grossesse : l'histoire d'une requalification sociale », *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, n° 1, p. 1.
- SERVERIN (Évelyne), « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2004, p. 2801
- SEUVIC (Jean-François), « Crimes contre l'espèce humaine, eugénisme, clonage reproductif, infractions complémentaires, article 214-1 à 215-4 du code pénal », *RSC*, 2004, p. 912.

- SIFFREIN-BLANC (Caroline), « Le refus d'établir la véritable filiation d'un homme est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz actualité*, 5 juillet 2011.
- SOUPLET (Isabelle), « Interruption médicale de grossesse abusive et perte de chance », *AJDA*, 2006, p. 602.
- SUPIOT (Elsa), « La PMA de complaisance aux prises avec le droit commun, note sous Civ. 1re, 16 mars 2016, n° 15-13.427 », *RJPF*, 2016-6/27, p. 34.
- SUPIOT (Elsa), « Conventions de mère porteuse : inexécutives mais effectives ! », *Revue des contrats*, n° 1, 9 mars 2018, p. 97.
- SUR (Pierre Olivier), « Répression pénale et libertés », *Pouvoirs*, 2009/3, n° 130, p. 62.
- SZTULMAN (Marc), « L'acharnement procédural au secours de la fin de vie », *Constitutions*, 2017, p. 460.
- TAGLIONE (Catherine), « La protection des acteurs de l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *LPA*, 1 juillet 2003, n° 130, p. 4 - 6.
- TAISNE (Jean-Jacques), « La protection de la vie humaine hors du droit des personnes », *LPA*, 5 décembre 2002, n° 243-25.
- TAQUET (François), « Les nouvelles dispositions relatives à l'IVG et à la contraception (loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001) », *Gazette du palais*, 16/02/2002, n° 47, p. 8.
- TELLIER CAYROL (Véronique), « L'actualité récente de l'interruption volontaire de grossesse », *Gazette du Palais*, n° 223, 11 août 2015, p. 5.
- TERRASSON DE FOUGÈRES (Aline), « Le Fœticide », *RDSS*, 2001, p. 829.
- TERRASSON DE FOUGÈRES (Aline), « La résurrection de la mort civile », *RTDciv.*, 1997, p. 893
- TERRE (François), « Le prix de la vie », *JCP*, 2000, p. 2267.
- THERY (Philippe), « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *Dalloz*, 1982. Chronique 231.
- THIBIERGE (Catherine), « Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit », *RTDciv.*, 2003, p. 599
- THOUVENIN (Dominique), « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *Dalloz*, 1991, p. 221.
- THOUVENIN (Dominique), « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogations ou autorisation sous conditions », *RDSS*, 2014, p. 283.
- THOUVENIN (Dominique), « L'arrêt "Lambert", miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti », *RDSS*, 2014, p. 1101.
- THOUVENIN (Dominique), « De l'éthique biomédicale aux lois bioéthiques », *RTDciv.*, 1994, p. 733.
- THOUVENIN (Dominique), « Le juge constitutionnel et la fin de vie d'une personne hors d'état de manifester sa volonté », *RDSS*, 2017, p. 1035.
- THOUVENIN (Dominique), « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du Code civil », *Dalloz*, 2000, p. 485.

TRUCHET (Didier), « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RDSS*, 2002, p. 817.

TRUCHET (Didier), « L'affaire Lambert », *AJDA*, 2014, p. 1669.

TRUCHET (Didier), « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RDSS*, 2002, p. 817.

TUSSEAU G., « Sur le métalangage du comparatiste - de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 21/2013.

VAUTHIER (Jean-Pierre), VIALLA (François), « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Dalloz*, 2017, p. 1399.

VAUTHIER (Jean-Pierre), VIALLA (François), « La Cour européenne des droits de l'homme condamne la France mais adresse un message à d'autres États », *Dalloz*, 2017, p. 1027.

VAUTHIER (Jean-Pierre), VIALLA (François), « *Matres semper certae sunt* ? Un pluriel bien singulier », *Dalloz*, 2017, p. 137.

VENDITTELI (Françoise), JANKY (Eustase), « Suivi clinique et paraclinique d'une grossesse normale », *Journal de Gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, 2001, n° 30, p. 51.

VENTOLA (Cécile), « Prescrire un contraceptif : le rôle de l'institution médicale dans la construction de catégories sexuées », *Genre, sexualité et société*, 12, automne 2014.

VERDIER (Pierre), « La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », *AJ famille*, 2003, p. 92.

VERPEAUX (Michel), « Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit », *Revue française de droit administratif*, 2014.

VERPEAUX (Michel), « L'échec d'une interruption volontaire de grossesse est-il de nature à ouvrir droit à indemnité ? », *Recueil Dalloz*, 1991 p. 80.

VIALLA (François), « Droits des malades en fin de vie », *Dalloz*, 2005, p. 1797.

VIALLA (François), « Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même », *Dalloz*, 2015, p. 1625.

VIALLA (François), « Fin de vie (enfant en état végétatif) : conformité du droit français au droit à la vie - Cour européenne des droits de l'homme 25 janvier 2018 », *Dalloz*, 2018, p. 245.

VIALLA (François), « Assistance médicale à la procréation : avis du CCNE », *Dalloz*, 2017, p. 1365.

VIALLA (François), « Droits des malades en fin de vie », *Dalloz*, 2005, p. 1797.

VIALLA (François), « État civil -Du sexe au genre ? », *La semaine Juridique édition Générale*, n° 6, 6 février 2012, 122.

VIALLA (François), « Injonction à défaut d'injection disponible », *AJDA*, 2017, p. 398.

VIALLA (François), « Loi de modernisation de la justice du XXI siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2351.

VIALLA (François), « Nous savons qu'il faut mourir, et qui sait si ce n'est pas aujourd'hui même », *Dalloz*, 2015, p. 1625.

VIALLA (François), « Transidentité : Quid novi ? Nihil, fere nihil, minus nihilo », *LPA*, 29 juillet 2016, n° 151.

VIGNEAU (Daniel) « Quelle santé ? Quelle prévention ? », *RDSS*, 1983, p. 4.

VIGNEAU (Daniel), « Dessine-moi un embryon », *LPA*, 14 décembre 1994, p. 149.

VIGNEAU (Daniel), « L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État », *Dalloz*, 2014, p. 1856.

VIGNEAU (Daniel), ROUJOU DE BOUBÉE (Gabriel), « Les conditions d'inscription à l'état civil d'un enfant mort-né », *Dalloz*, 2009.

VIGNEAU (Daniel), « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *Dalloz*, 2011, p. 2224.

VIGNEAU (Daniel), « Transsexualisme et filiation », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2013, dossier 15.

VIGNEAU (Daniel), « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme ? », *Droit de la famille*, 2000, Chronique n° 11.

VINEY (François), « Changement de sexe à l'état civil : la condition de stérilité est contraire à l'art. 8 Conv. EDH, 6 avril 2017 », *AJ famille*, 2017, p. 29.

VINEY (François), « Changement de sexe à l'état civil : la condition de stérilité est contraire à l'art. 8 Conv. EDH, 6 avril 2017 », *AJ famille*, 2017, p. 299.

VIRIOT-BARRIAL (Dominique), « Dignité de la personne humaine », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2016.

WEISS-GOUT (Béatrice), « Une nouvelle étape dans les problématiques engendrées par le choix de l'accouchement sous X », *Gazette du Palais*, 17 mars 2001, n° 76, p. 9.

ZARKA (Yves-Charles), « Foucault et l'histoire de la subjectivité. Le moment moderne », *Archives de Philosophie*, 2002, vol. 65, p. 26.

ZYLBERMAN (Patrick), « Eugénique à la scandinave : le débat des historiens », *Médecine/sciences*, octobre 2004, p. 916.

Articles en allemand

ADEBAHR (Gustav), « Aspekte des Hirntodes, Zeitschrift für Rechtsmedizin » *Zeitschrift für Rechtsmedizin*, 1986, p. 207.

ALBERTS (Hermann), « Rechtfertigung von Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch », *FamFR*, 2010, p. 430.

AVENARIUS (Martin), « Zur Rechtsstellung des nomdum conceptus », *JR*, 1994, p. 267.

BATISTA (Pedro), « Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen - kritische Würdigung der Entscheidung des EuGHs im Fall *Brüstle* », *GRURInt.*, 2013, p. 51.

BECKER (Walter), « Zur Problematik des Lebensbeginns », *FamRZ*, 1968, p. 409.

- BECKMANN (Rainer), « Der "Wegfall" der embryopathischen Indikation », *MedR*, 1998, p. 155.
- BECKMANN (Rainer), « Zur Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik nach dem Embryonenschutzgesetz », *Zeitschrift für Lebensrecht*, 1, 2001, p. 12.
- BERBAT (Erwin), « Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung », *MedR.*, 1986, p. 245.
- BIENWALD (Werner), « Zur Beteiligung des Mannes bei der Entscheidung über den straffreien Schwangerschaftsabbruch seiner Ehefrau », *FamRZ*, 1985, p. 1096.
- BÖRGERS (Niclas), FRISTER (Helmut), « Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Kryokonservierung von Keimzelle », *HFR*, 1/2010, p. 1.
- BOSCH (Nikolaus), « Rechtfertigung von Sterbehilfe », *JA*, 2010, p. 908.
- BOSCH (Erika), JANSEN (Dirk), NIEMEYER (Frank), TUROWSKI (Mathias), « Vorgeburtliche Einwilligung in die Adoption - Ein Diskussionsvorschlag », *FamRZ*, 1972, p. 356.
- BRUGGER (Winfred) « Abtreibung - ein Grundrecht oder ein Verbrechen? - Ein Vergleich der Urteile des United States Supreme Court und des BVerfG », *NJW*, 1986, p. 896.
- BRUNET (Laurence), « A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member states », Directorate Genral for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, mai 2013.
- BURY (Carole), « Familienplanung : ein Menschenrecht - auch für arme Frauen », 16. *Kongress Armut und Gesundheit, Verwirklichung Chancen für Gesundheit*, décembre 2010.
- COESTER-WALTJEN (Dagmar), « Gesetzgebung in der Fortpflanzungsmedizin - die Lage in der Bundesrepublik Deutschland », *Deutsch-Französische Juristenvereinigung, Jahrestagung*, 21 Septembre 2002.
- DAMM (Reinhard), « Prädiktive Medizin und Patientenautonomie », *MedR*, 1999, p. 437.
- DEDERER (Hans-Georg), « Stammzellpatente : causa finita ? », *GRUR*, 2013, p. 352.
- DERS (Hans), « Lebensschutz im Strafrecht », *ZfL*, 1992, p. 3.
- DEUTSCH (Erwin), « Haftung des Arztes wegen Nichterkennung der Gefahr einer Schädigung des noch ungeborenen Kindes », *JZ* 1983, p. 451.
- DEUTSCH (Erwin), « Schadensrecht und Verfassungsrecht : Akt II - Unterhalt oder Kind als Schaden : der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BverfG ab », *NJW* 1994, p. 776.
- DEUTSCH (Erwin) « Embryonenschutz in Deutschland », *NJW*, 1991, p. 721.
- DEUTSCH (Erwin) « Renaissance der Leibesfrucht ? », *DriZ*, 1984, p. 276
- DÖLLING (Dieter), « Suizid und unterlassene Hilfeleistung », *NJW*, 1986, p. 1011
- DORETT (Funke), « Leihmutterchaftsfamilien - Rechtsbeschlüsse und soziale Praktiken », *NZ Fam.*, 2016, p. 2017.
- DREHER (Eduard), « Der für eine Seite gescheiterte Doppelmord », *MDR*, 1964, p. 335.
- DREHER (Eduard), « Kann ein Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zulässt, ein Tötungsdelikt begehen ? », *Monatschrift für deutsches Recht*, 1952, p. 711.

- DREIER (Horst), « Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes », *ZRP*, 2002, p. 377.
- DÜRIG (Günter), « Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde », *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 81, n° 2, 1956, p. 117.
- ENGELHARDT (Hanns), « Das Lebensrecht des Nasciturus und das Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung », *FamRZ*, 1958, p. 266.
- ERNST (Rüdiger), « Abstammungsrecht - die Reform ist vorbereitet - eine Tour d'Horizon zum Beginn der Legislaturperiode », *NZ Fam.*, 2018, p. 443.
- ESER (Albin), « Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht - zum Problematik ärztlichen Ermessen », *Sonderdruck aus dem Ärzteblatt Baden-Württemberg*, Heft Xxx.
- ESER (Albin), « Schwangerschaftsabbruch : Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils », *Juristische Zeitung*, 94, p. 503.
- FABRICIUS (Fritz), « Gedanken zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den Nasciturus », *FamRZ*, 1964, p. 403.
- FABRICIUS (Fritz), « Relativität der Rechtsfähigkeit - Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts », *Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln*, Bd 14, München/Berlin, 1963.
- FELGES (Joachim), « Weite Auslegung des Begriffs menschlicher Embryonen », *GRUR*, 2011, p. 1104.
- FINK (Udo), « Der Schutz des menschlichen Lebens im Grundgesetz - zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Lebensrechts zur Menschenwürdegarantie », *Jura*, 2000, p. 210.
- FISCHINGER (Philipp), « Der Grundrechtsverzicht », *JUS*, 2008, p. 808.
- FREIHEIR VON ULMENSTEIN (Ulrich), « Nicht-invasive PND als GKV Leistung - Medizinische, ethische und rechtliche Fragen », *MedR*, 2018, p. 680.
- FRIEDERICI (Peter), « Unzulässigkeit der Adoption auf Grund eines Leihmuttervertrages, AG Hamm 22 février 2011 », *FamRZ*, 2011, p. 551.
- FROMMEL (Monika), « Deutscher Mittelweg in der Anwendung des Embryonenschutzgesetzes (EschG) mit einer an den aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand orientierten Auslegung der für die Reproduktionsmedizin zentralen Vorschrift des §1, Abs.1, Nr 5 ESchG unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des EschG », *Reproduktionsmedizin*, Endokrinol, 1/2007.
- FROMMEL (Monika), « Die Menschenwürde des Embryos *in vitro* », *KJ*, 2002, p. 411.
- FROMMEL (Monika), « Juristisches Gutachten zur Frage der Zulässigkeit der Freigabe kryokonservierter befruchteter Eizellen (2-PN-Stadien) durch die Inhaber, des Auftauens mit Einverständnis des Spenderpaares und der extrakorporalen Weiterkultivierung zum Zwecke der Spende an eine Frau, von der die Eizelle nicht stammt », 2011.
- GALLAS (Wilhelm), « Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung », *JZ*, 1960, p. 649.
- GALLAS (Wilhelm), « Die durch einen Selbstmordversuch herbeigeführte Gefahrenlage ist ein Unglücksfall iSd §330c StGb », *JZ*, 1954, p. 641.
- GEILEN (Gerd), « Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts », *FamRZ*, 1968, p. 121.
- GEILEN (Gerd), « Suizid und Mitverantwortung », *JZ*, 1974, n° 5/6, p. 145.

GIESEN (Dieter), « Schadenbegriff und Menschenwürde - zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind », *JZ*, 6/1994, p. 286.

GÖPPINGER (Horst), « Einige Fragen zur einstweiligen Verfügung gemäß §1615o BGB, insbes. die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts, der Instanzenzug und die Anwendung des §926 ZPO », *FamRZ*, 1975, p. 196.

GRANDKE (Anita), « Kann Schwangerschaftsabbruch durch das Strafrecht verhindert werden ? », *NJW*, 1990, p. 542.

GRECO (Luis), « Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung », *ZIS*, 5/2008, p. 234.

GROSSKOPF (Volker), « Sterbehilfe - Spannungsfeld zwischen Menschenwürde und strafrechtliche Verantwortung », *RGD*, 2004, p. 20.

GRUNSKY (Wolfgang), « Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadenersatz », *JZ*, 1983, p. 373.

GRUTZPALK (Jonas), « Das Gewaltmonopol des Staates », *Bundeszentrale für politische Bildung*, 2012.

GRZIWOTZ (Herbert), « Kinderwunscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption », *NZ Fam.*, 2014, 1065.

HÄHNCHEN (Susanne), « Der werdende Mensch - Die Stellung des Nasciturus im Recht », *Jura*, 2008, p. 161.

HALLIDAY (Samantha), « A comparative approach to the regulation of human embryonic stem cell research in Europe », *Medical Law Review*, 12, p. 58.

HEIDERHOFF (Bettina), « Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, EGBGB 19 (Leihmutterchaft) », *BeckOk*, 2014.

HEINITZ (Ernst), « Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung bei Selbstmord », *JR*, 1954, p. 403.

HEINRICHS (Bert), SPRANGER (Mathias), TAMBORNINO (Lisa), « Ethische und rechtliche Aspekte der pränatalen Diagnostik », *MedR*, 2012, p. 625.

HELMS (Tobias), « Kurznachricht zu Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 10.12.2014 », *FamRZ*, 2015, Heft 3, p. 240.

HENKING (Tanja), « PID - Neues Gesetz, neue Probleme », *ZRP*, 2012, p. 20.

HERZBERG (Dietrich), « Der FALL Hackethal : strafbare Tötung auf Verlangen », *NJW*, 1986, p. 1635.

HERZBERG (Annika), HERZBERG (Rolf), « Der Beginn des Menschseins im Strafrecht : die Vollendung der Geburt », *JZ*, 2001, p. 1107.

HEUN (Werner), Embryonenforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryons, 2002, *JZ* 10/2002 p. 517.

HIPPEL (Eike), « Besserer Schutz des Embryos vor Abtreibung », *JZ*, 1986, p. 53.

HIRSCH (Hans-Joachim), « Anmerkung zu BGH 7.12.1983 », *JR*, 1985, p. 336.

HIRSCH (Hans-Joachim), « Die Pille Danach », *MedR*, 1987, p. 14.

- HIERSCH (Hans-Dieter), HIRSCH (Günther), « Sterilisation geistig Behinderter », *MedR*, 1978, p. 135.
- HIERSCH (Hans-Dieter), GAIDZIK (Wolfgang), « Historische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Aspekte der Sterilisation Einwilligungsunfähiger », *MedR*, 1999, p. 58.
- HOERSTER (Norbert), « Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe », *NJW*, 1986, p. 1786.
- HOERSTER (Norbert), « Warum keine aktive Sterbehilfe ? », *ZRP*, 1988, p. 14.
- HOERSTER (Norbert), « Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht ? », *JUS*, 1989, Heft 3, p. 172.
- HÖRNLE (Tatjana), « PID als Eingriff in das Lebensrecht des Embryos ? », *GA*, 2002, p. 659.
- HÖRNLE (Tatjana), « Das Verbot des Geschisterinzests - Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik », *NJW*, 2008, p. 2085.
- HUFEN (Friedrich), « Verfassungsrechtliche Bedenken gegen frühe PND », *MedR*, 2017, p. 277.
- HUSTER (Stefan), « Die Leistungspflicht der GKV für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff », *NJW*, 2009, p. 1713.
- IBELHERR (Martina), AUST (Michael), « Das neue Gendiagnostikgesetz : Experten urteilen zwiespältig über die neue Regelung », *Apoteken Umschau/Gesundheitspro WB*, 31 juillet 2009.
- IPSEN (Jörn), « Der Verfassungsrechtliche Status des Embryos *in vitro* », *JZ*, 2001, p. 989.
- JACKSON (Emily), « Abortion, autonomy and prenatal diagnosis », *Social and legal studies*, 2000, 9 (4).
- JUNG (Heike), « Zur Abgrenzung der Strafbarkeit bei geburtshilflichen Versäumnissen », *NSiZ*, 1985, p. 316.
- KIRCHHOF (Paul), « Ein Recht auf Gesundheit », disponible sur http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Volkskrankheiten/Volkskrankheiten_kirchhof.pdf.
- KLINKHAMMER (Giesela), « Nationaler Ethikrat : Guter Rat zum Dritten », *Deutsches Ärzteblatt* 98, 18 mai 2001, p. 1297.
- KLOEPFER (Michael), « Humangentechnik als Verfassungsfrage », *JZ*, 2002, p. 417.
- KOENIG (Christian), MÜLLER (Eva-Maria), « Die Legaldefinition des Embryos gemäß §8 Abs. 1 ESchG - Grenzfälle regenerativer Zellforschung am Maßstab des deutschen Embryonenschutzgesetzes sowie der Vorgaben des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin », *Pharma Recht*, 2005, p. 1.
- KRIPPNER (Bernd), POLLMANN (Arnd), « Bioethik-Kommissionen in Deutschland - Ein Überblick », *Menschenrechtsmagazin*, Heft 3/2004.
- KUHRT (Nicola), « Pille danach, Frauenärzte blockieren Freigabe ohne Rezept », *Spiegel*, 29 mars 2012.
- KÜPER (Wilfred), « Mensch oder Embryo? Der Anfang des Menschseins nach neuem Strafrecht », *GA*, 2001, p. 515.
- KUTZER (Klaus), « Strafrechtliche Rechtsprechung des BGH zur Beteiligung an einem freiverantwortlichen Suizid », *ZRP*, 2012, p. 135.
- LANKERS (Winfried), « Zur Abwälzung von Unterhaltskosten », *FamRZ*, 1969, p. 483.

- LANKERS (Winfried), « Zergliederung der personalen Ganzheit des Kindes », *FamRZ*, 1969, p. 384.
- LÜBBE (Weyma), « Pränatale und Präimplantative Selektion als Diskriminierungsproblem ? », *MedR*, 2003, p. 148.
- LÜCKE (Doris), BEUTER (Isabel), « Genderaspekte von Familien und Sozialgesetzgebung », *Bulletin 26 des Zentrums für interdisziplinäre Geschlechterstudien der Humboldt Universität zu Berlin*, 2003, p. 24-26.
- LUNGSTRAS (Anne-Barbara), « Die Präimplantationsdiagnostik verbieten oder erlauben? - Ein Blick auf die Debatte um den Embryo in vitro », *JR*, 2010, p. 48.
- MACKINNON (Catharine), « Reflections on Sex Equality Law », *The Yale Law Journal*, Vol 100, n°5.
- MANSEES (Norbert), « Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft », *NJW*, 1988, p. 2984.
- MEIER-BECK (Peter), « Die Rechtsprechung des BGH zum Patent und Gebrauchsmutterrecht im Jahr 2012 », *GRUR*, 2013, p. 1177.
- MEISTER (Hans-Georg), « Die Abgrenzung der Beteiligung an Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt », *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1953, p. 166.
- MERTENS (Hans-Joachim), « Ein Kind als Schadensfall », *FamRZ*, 1969, p. 251.
- MERTIN (Herbert), « Schaffung eines Rechtsrahmens im Spannungsverhältnis Fortpflanzungsmedizin und Embryonenschutz », *ZRP*, 2006, p. 59.
- MITTENZWEI (Ingo), « Die Rechtsstellung des Vaters zum ungeborenen Kind », *AcP*, 187, 1987, p. 247.
- MUCKEL (Stefan), « Künstliche Befruchtung als Leistung der Krankenversicherung nur für Eheleute », *JA*, 2007, p. 553.
- MURMANN (Uwe), « Tötung durch Unterlassen », *NSiZ*, 2012, p. 387.
- MUTSCHER (Dietrich), « Emanzipation und Verantwortung - Zur Neuordnung des Abstammungsrechts », *FamRZ*, 1994, p. 69.
- NEIDERT (Rudolf), « Brauchen wir ein Fortpflanzungsmedizinengesetz », *MedR*, 1998, Heft 8.
- NEIDERT (Rudolf), « Das überschätzte Embryonenschutzgesetz - was es verbietet und nicht verbietet », *ZRP*, 2002, p. 467.
- NEIDERT (Rudolf), « Embryonenschutz im Zwiespalt zwischen staatlichem Gesetz und ärztlicher Lex artis », *ZRP*, 2006, p. 85.
- OG LAKCIOG LU (MT), « Totschlag durch Unterlassen », *NSTZ-RR*, 2012, p. 246.
- OTTO (Harro), « Die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs », *Jura*, 1996, p. 135.
- PAEHLER (Hans-Hermann), « Die Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen », *MDR*, 1964, p. 647.
- PAEHLER (Hans-Hermann), « Hat die Leibesfrucht Schadensersatzansprüche ? », *FamRZ*, 1972, p. 189.
- PESTALOZZA (Christian), « Das Recht auf Gesundheit - Verfassungsrechtliche Dimension », *Bundesgesundheitsblatt*, 9-2007.

- PETERSEN (Jens), « Die Rechtsfähigkeit des Menschen », *Jura*, 2009, p. 669.
- PFORDTEN (Dietmar), « Gibt es Argumente für ein Lebensrecht des Nasciturus ? », *ARSP*, 1990, p. 69.
- PÜTTNER (Günter) « Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung », *JZ*, 1987, p. 352.
- RAMM (Thilo), « Die Fortpflanzung : ein Freiheitsrecht? » *JZ*, 1989, p. 861.
- REGENBOGEN (Daniela), HENN (Wolfram), « Aufklärungs- und Beratungsproblem bei der prädikten genetischen Diagnostik », *MedR*, 2003, p. 152.
- REISERER (Kerstin), « Schwangerschaftsabbruch durch Minderjährige im vereinten Deutschland », *FamRZ*, 1991, p. 1136.
- RIXEN (Stefan), « Die Bestattung fehlgeborener Kinder als Rechtsproblem », *FamRZ*, 1994, p. 417.
- SACHSE (Michael), « “Totgeburt” und “Fehlgeburt” neu definiert », *StAZ*, 1980, p. 270.
- SACKSOFSKY (Ute), « Ehegattensplitting - verfassungswidrig und ungerecht », *NJW*, 2017, p. 12.
- SACKSOFSKY (Ute), « Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz », *Kritische Justiz*, 2003, p. 274.
- SACKSOFSKY (Ute), « Ihr Kinderlein kommet - Bevölkerungspolitik als Staatsaufgabe », *Rechtskolumne, Merkur*, 2013, p. 528.
- SACKSOFSKY (Ute), « Was ist feministische Rechtswissenschaft », *ZRP* 2001, Heft 9, p. 413.
- SACKSOFSKY (Ute), « Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro », *Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages « Recht und Ethik der modernen Medizin »*, Septembre 2001.
- SACKSOFSKY (Ute), « Vereinbarkeit des geplanten Betreuungsgeldes nach §16 IV SGB VII mit Art. 3 und Art. 6 GG », *Rechtsgutachten, BÜNDNIS 90/Die Grünen*, 2010.
- SATZGER (Helmut), « Schwangerschaftsabbruch », *Jura*, 2008, p. 424.
- SCHEFFLER (Uwe), « Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid - besser als ihr Ruf ? Rechtsprechung zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid », disponible sur https://www.rewi.europa.uni.de/de/lehrstuhl/sr/krimirecht/lehrstuhlinhaber/Publikationen/Aufsaeze/43_BGH,-Mitwirkung-am-Suizid.pdf.
- SCHERSCH (Stéphanie), « Koalition stimmt gegen Freigabe », *Pharmazeutische Zeitung*, 21/2013.
- SCHICKL (Hanna), BRAUN (Mathias), RIED (Jens), DABROCK (Peter), « Abweg Totipotenz - Rechtsethische und rechtspolitische Herausforderungen im Umgang mit induzierten pluripotenten Stammzellen », *MedR*, 2014, p. 857.
- SCHNEIDER (Susanne), « Selektion aufgrund genetischer Diagnostik ? Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik », *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, Berlin, De Gruyter, 2005.
- SCHÖNBERG (Christoph), « Anmerkungen zu Karlsruhe », in JESTAEDT (Mathias), LEPSIUS (Oliver), MÖLLERS (Christoph), *Das entgrenzte Gericht - eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, p. 30.

SCHRAMME (Thomas), *Eigentum am Körper*, 2009
<http://www.bpb.de/gesellschaft/umwelt/bioethik/33796/eigentum-am-koerper>.

SCHROTH (Ulrich), « Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechtes », *JZ*, 2002, p. 170.

SCHÜTZE (Hinner), « Zusammenfassung der juristischen Untersuchung », *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, Berlin, De Gruyter, 2005.

SCHÜTZE (Hinner), « Klonieren beim Menschen, Zusammenfassung der juristischen Untersuchung », *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, Berlin, De Gruyter, 2005.

SCHWAB (Dieter), « Abstammungsklärung - leicht gemacht. Oder : Neuer Dialog in der Familie », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, n° 1, 2008, p. 23.

SEIER (Jürgen), « Sterbenlassen eines lebensmüden Kranken », *JA*, 1978, p. 393.

SEILER (Christian), « Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes », *NVWZ*, 2007, p. 129.

SONNEN (Bernd-Rüdiger), « Pflichten eines beratenden Arztes bei akuter Lebensgefahr des Patienten », *JA*, 1983, Heft 5, p. 287.

SPIEB, (Katharina), « Betreuungsgeld widerspricht den Zielen nachhaltiger Familienpolitik », *DIW-Wochenbericht* 24/2012, 13 juin 212.

SPRANGER (Matthias), « Der Mensch als Sondermüll, Zum Umgang mit Fehlgebrten », *NvWZ*, 1999, p. 856.

SPRANGER (Matthias), « Die Ungenehmigte Verfügung der Krankenhäuser über Fehlgeborene », *MedR*, 1999, p. 210.

STARCK (Christian), « Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen », *Gutachten A für den 56. Deutschen Juristentag*, 1986, p. 38.

WALDSTEIN (Wolfgang), « Zur Rechtsstellung ungeborener Kinder », *FS Eckert*, 1976, p. 477.

SUK (Julie), « Are Gender Stereotypes bad for Women? Rethinking antidiscrimination law and Work-Family conflict » *Columbia Law Review*, Vol. 110, Janvier 2010, n°1.

TAUPITZ (Jochen), « Menschenwürde von Embryonen », *GRUR*, 2012, p. 1.

TAUPITZ (Jochen), HERMES (Benjamin), « Eizellspende verboten - Embryonenspende erlaubt ? », *NJW*, 2015, p. 1802.

TEPPERWIEN (Ingeborg), « Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung ? » *JR*, 1973, p. 46.

TOLMEIN (Oliver), « Keine Chance für kein Patent auf Leben », *LTO*, 22 novembre 2012.

BATISTA (Pedro), « Zur Patentierung menschlicher embryonaler Stammzellen - kritische Würdigung der Entscheidung des EuGH im Fall Brüstle », *GRURInt.*, 2013, p. 514.

TRIPS-HEBERT (Roman), GRUND (Martin), « Die Früchte des verbotenen Baumes? Die Patentierung von Stammzellen nach dem "Brüstle-Urteil" des Bundespatentgerichts und mögliche Fernwirkungen für die pharmazeutische Industrie », *PharmaR*, 2007, p. 397.

UHLENBRUCK (Wilhelm) « Recht auf den eigenen Tod ? », *ZRP*, 1986, p. 209.

WAIBL (Katharina) « Kindersunterhalt als Schaden (“wrongful birth”) », *NJW*, 1987, p. 1513.

WALDSTEIN (Wolfgang), « Zur Rechtsstellung ungeborener Kinder », *FS Eckert*, 1976, p. 477.

WALTHER (Susanne) « Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht - Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen », *NJW*, 1993, p. 2337.

WIEBE (Knut), « Fallstudie zu zivilrechtlichen Möglichkeiten der Verhinderung eines Schwangerschaftsabbruchs », *Zeitschrift für Lebensrecht*, 2000, p. 12.

WILLE (Eberhard), « Anmerkung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Gesundheitssystems », *Wirtschaftsdienst*, 2003, n°6.

WOLF (Alfred), « Über die Konsequenzen aus den gescheiterten Versuchen, Babyklappe und anonyme Geburten durch Gesetz zu legalisieren », *Familien, Partnerschaft, Recht, Zeitschrift für die Anwaltpraxis, Interdisziplinäres Fachjournal*, 2003, p. 112.

WUERMELING (Hans-Bernhard), « Die Ratio des Embryonenschutzgesetzes », *ZFL*, 2006, p. 15.

ZEHETGRUBER (Christoph), « Mord, Tötung auf Verlangen oder Selbstmord Bevormundende Sichtweisen und kaum nachvollziehbare menschliche Freiheit », *HRRS*, 2016 n° 506.

ZIERL (Gerhard), « Pränatale Adoption - Ein gangbarer Weg zur Verhinderung von Schwangerschaftsabbrüchen ? », *DRiZ*, 1984, p. 108.

Articles extra-juridiques

Articles en français

ALLEGRE (Guillaume), « Universalité des allocations familiales et paradoxe de la redistribution », *Economiste OFCE - Sciences-Po*, 13 octobre 2014.

ANTONY-DEBRÉ (Iléana), HAMIDI (Sofiane), NOROL (Françoise), VAINCHENKER (William), RASLOVA (Hanna), « Cellules souches pluripotentes induites : de l'histoire à l'application », *Hématologie*, Vol. 19, n° 1, Janvier-février 2013.

ARDUIN (Pierre-Olivier), « La France au péril d'un retour de l'eugénisme ? L'exemple du diagnostic prénatal de la trisomie 21 », *Éthique et santé*, 2009, 6, p. 187.

ARVEILLER (Jean), « De l'Hygiène publique à l'éducation sanitaire », *Les sciences de l'éducation*, 2006/1 Vol. 39, p. 138.

AUBERT-MARSON (Dominique), « L'eugénisme : une idéologie scientifique et politique », *Éthique et santé*, 2011, 8, p. 140.

AUDIBERT (François), MAIROVITZ (Valérie), FRYDMAN (René), « Les alternatives à l'amniocentèse pour âge maternel », *Gynécologie obstétrique fertilité*, 2002, 30, 562 -6, 2002, p. 562.

AZRIA (Elie), « Clause de conscience et dépistage de la trisomie 21 ou comment substituer un jugement moral à une volonté d'accroître la liberté décisionnelle des femmes enceintes », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, 2010, n° 39, p. 592.

BAJOS (Nathalie), BOHET (Aline), LE GUEN (Mireille), MOREAU (Caroline), «La contraception en France : nouveau contexte, nouvelles pratiques ?», *Population et sociétés*, n° 492, septembre 2012.

BERLIVET (Luc), «Les ressorts de la «biopolitique»: “dispositifs de sécurité” et processus de “subjectivation” au prisme de l’histoire de la santé», *Revue d’histoire moderne et contemporaine* 4/2013, n° 60-4/4 bis.

BERTHIAUD (Emmanuelle), «Grossesse désirée, grossesse imposée : le vécu de la grossesse au XVIIIe-XIXe siècles en France dans les écrits féminins privés», *Histoire, économie et société*, 2009/4.

BESNIER (Jean-Michel), «La bioéthique et ses enjeux. Éthique et argumentation», *MOTS*, n° 44, septembre 1995.

BLANC (Marie Andrée), «La modulation des allocations familiales : une erreur historique», *Travail, genre et sociétés*, 2016/1 (n° 35), p. 157.

BOURDELAIS (Patrice), «Histoire de la population, histoire de la médecine et de la santé : 50 ans d’expérimentations», *Dynamis*, 17, 1997, p. 17.

BOURG (Dominique), «Bioéthique : faut-il avoir peur ?», *Esprit*, mai 1991, n° 171, p. 31.

BRIARD (Marie-Louise), «Le diagnostic préimplantatoire génétique : problèmes éthiques et futur», *Archives pédiatriques*, 68/9, 2002.

BROUTELLE (Anne-Cécile), LEMORVAN (François), «La construction sociale des maladies», *Regards croisés sur l’économie*, 2009/1, p. 248.

CATHEBRAS (Pascal), «Qu’est-ce qu’une maladie», *Revue médicale interne*, 1997, 18, p. 809.

CHAMPENOIS-ROUSSEAU (Bénédicte), VASSY (Carine), «Comment le risque devient une évidence : praticiens, femmes enceintes et dépistage prénatal de la trisomie 21», *socioanthropologie* 29/2014.

CHAMPENOIS-ROUSSEAU (Bénédicte), VASSY (Carine), «Les échographistes face au dépistage prénatal de la trisomie 21. Le difficile arbitrage entre excellence professionnelle et éthique du consentement», *Sciences sociale et santé*, 2012, n° 10, p. 104.

CHAPOUTOT (Johann), «Reproduction et révolution normative : mariage, monogamie et biologie sous le IIIe Reich», *Revue de l’IFHA*, 4, 2012.

COLSON (Marie-Laure), «Des stérilisations forcées dans toute la Scandinavie», *Libération*, 27 août 1997.

COPPIN (Bertrand), «Être parent et en situation de handicap : des idées reçues à quelques réalités», *Reliance*, 2007/4, n° 26, p. 341.

CORMEIL RAOUL (Gilles), «La reconnaissance de l’identité de la personne transsexuelle», *EDFP*, 15 juin 2010, n° 6, p. 5.

DECOURT (Jacques), «Notions nouvelles apportées aux problèmes psychologie sexuelle par l’étude des états intersexuels», *La Revue du praticien*, 1961, Tome 4, n° 7, p. 720.

DELPHY (Christine), «Penser le genre : quels problèmes ?», in HURTING (Marie-Claude), *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS éditions, 2003.

- DEVREUX (Anne-Marie), « De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG », *Revue française de sociologie*, n° 23, 1982, p. 455.
- DISERENS-AGTHE (Catherine), VATRE (Françoise), « Une personne handicapée mentale peut-elle être parent ? », *Thérapie Familiale*, Vol. 24, 2003/2, p. 208.
- DORON (Claude-Olivier) « Races et dégénérescence. L'émergence des savoirs sur l'homme anormal », *Histoire, Philosophie et Sociologie des sciences*, Thèse, Université Paris-Diderot - Paris VII, 2011, p. 2.
- DUBREUIL (Laurent), « De la vie dans la vie : sur une étrange opposition entre zôê et bios », *Labyrinthe*, 22/2005, 47-52.
- DUCROCQ (Xavier), LEHEUP F. (Benoît), « Débat sur l'euthanasie : du respect de l'autonomie à la négation de la dignité », *Médecine palliative : Soins de Support -Accompagnement -Ethique*, vol. 7, n° 6, Décembre 2008.
- ENGELI (Isabelle), « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse - les aléas de la mobilisation féministe », *Revue française de sciences politiques*, 2009/2, vol. 59, p. 204.
- FAGNANI (Jeanne), « La politique familiale en Allemagne : un bilan mitigé », *Travail, genre et société*, 2013/2, n° 30, p. 198.
- FASSIN (Éric), « L'empire du genre - l'histoire ambiguë d'un outil conceptuel », *L'homme*, 2008/3, n° 187, p. 378.
- FASSIN (Éric), « Sous la bioéthique, la biopolitique », *Raison publique*, 15 mars 2012.
- FERRAND-PICARD (Michèle), « Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux », *Revue française de sociologie*, 1982, 23/3, p. 383.
- FOUCAULT (Michel), « Sécurité, territoire, population », *Cour au collègue de France*, EHESS, 2004.
- FRAGU (Pierre), « La relation médecin-patient : histoire d'une transformation », *Éthique & santé*, vol.1, 1 janvier 2004, p. 26.
- FREYSSINET (Jacques), « Taux de chômage ou taux d'emploi, retour sur les objectifs européens », *Travail, genre et sociétés*, 2004/1, n° 11.
- FRYDMAN (René), « Aspects éthiques du diagnostic anténatal », in POILPOT (Marie-Paule), *Éthique et bioéthique. L'assistance médicale à la procréation*, Paris, Érès, 1999.
- GALLO (Christine), CHRISTIN MAITRE (Sophie), « Contraception : mise au point et nouveauté », *Annales d'endocrinologie* n° 68, 2007, p. 39.
- GARCIA (Anaïs), « Contrôler et contraindre : la planification médicalisée des femmes indigènes au Guatemala », *Cahiers du genre*, 2016/1, n° 60.
- GAUDILLIERE (Jean-Paul), RICHTER (Mathieu), « Articuler droit des femmes et respect de l'embryon : à propos du débat bioéthique allemand - Entretien avec Andrea Fischer (Grünen) », *Mouvements* n° 27-28, 2003/3, p. 188.
- GAYON (Jean), « Eugénisme », in LECOURT (Dominique), *Dictionnaire de la pensée médicale*, Paris, PUF, 2004.

- GENEL (Katia), « Le biopouvoir chez Foucault et Agamben », *Méthodos* n° 4, 2004.
- GEOFFROY-POISSON (Simone), « L'infanticide devant la cour d'assises de la Haute-Marne au XIX^e siècle », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 35/2005, mars 2011.
- GERHARD (Ute), « Politique sociale et maternité : le cas de l'Allemagne à l'est et à l'ouest », *Travail, genre et sociétés*, 2001/2, n° 6, p. 59.
- GIAMA (Alain), « Procréation et parentalité dans la population trans - Genre, parcours biographique, parcours de transition », in HÉRAULT (Laurence), *La parenté transgenre*, Aix-Marseille, Publications de l'université de Provence, 2014.
- GIAMI (Alain), « La médicalisation de la sexualité : fausses questions et vrais enjeux », *Sexologies*, Vol.18, 2009, p. 262.
- GIAMI (Alain), « Sexualité et handicaps : de la stérilisation eugénique à la reconnaissance des droits sexuels (1980-2016) », *Sexologies*, 2016, 25, p. 95.
- GIAMI (Alain), « Une histoire de l'éducation sexuelle en France : une médicalisation progressive de la sexualité (1945-1980) », *Sexologies*, n° 16, 2007, p. 219.
- GLAUDE (Michel), « L'originalité du système du quotient familial », *Économie et statistique*, n° 248, novembre 1991.
- GRENIER (Jean-Yves), ORLEAN (André), « Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme », *Annales, histoire, sciences sociales*, 2007/5, 62^{ème} année, p. 242.
- GRUSON (Christine), « Être mère et en situation de handicap mental : un projet d'accompagnement », *Revue Recherches féministes*, 162 / 2003, p. 167.
- HÉRAULT (Laurence), « La gestion médicale de la parenté trans en France », *Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine*, 23/2015, p. 172.
- HORELLOU-LAFARGE (Chantal), « Une mutation dans les dispositifs du contrôle social : le cas de l'avortement », *Revue française de sociologie*, 1982, 23-3, p. 397.
- JOUANNIC (Jean-Marie), ROSENBLATT (Jonathan), BENIFLA (Jean-Louis), « Amniocentèse : le revers de la médaille des tests génétiques », *Médecine de la reproduction, Gynécologie Endocrinologie*, 2010, n° 12, p. 34.
- KOCZE (Angela), « La stérilisation forcée des femmes roms dans l'Europe d'aujourd'hui », *Cahiers du genre*, 2011/1, n° 50.
- LATOURE (Bruno), « Pour un dialogue entre sciences politiques et science studies », *Revue française de science politique*, Vol. 58, n° 4, 2008, p. 657.
- LE COZ (Pierre), « Le Diagnostic préimplantatoire va-t-il améliorer l'espèce humaine ? », *La pensée du midi*, 2010/1 (n° 30), p. 210.
- LE QUANG-SANG (Julie), « L'abolition de la peine de mort en France : le rendez-vous manqué de 1906-1908 », *Crime, Histoire & Société*, Vol. 6, n° 1.
- LEBLANC (Patrick), ARDOUIN (Pierre-Olivier), « Dépistage de la trisomie 21 : de la critique médicale à la crise de conscience », *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la Reproduction*, Vol. 39, n° 6, octobre 2010, p. 509.

LEFAUCHEUR (Nadine), « 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. Histoire, femmes et sociétés*, 24/2006.

LEJEUNE (Dominique), « Hygiène et santé en Europe, de la fin du XVIII^e siècle aux lendemains de la Première Guerre mondiale », Cours de Khâgne de Dominique Lejeune, DEUG, Hygiène et santé en Europe, de la fin du XVIII^e siècle aux lendemains de la Première Guerre mondiale, France, 2012.

LEMESTRE-SIMON (Claudine), « Les origines de la médecine préventive universitaire en France de 1920 à 1940 », *Histoire des sciences de la médecine*, tome 18, n° 4, 1984, p. 369.

LÖWY (Ilana), « Assistance médicale à la procréation (AMP) et traitement de la stérilité masculine en France », *Sciences sociales et santé*, 2000, 18/4, p. 75.

LÖWY (Ilana), « L'âge limite de la maternité : corps, biomédecine, et politique », *Mouvements*, 2009/3, n° 59, p. 168.

LÖWY (Ilana), GOMEZ (Rozée), TAIN (Laurence), « Nouvelles techniques reproductives, nouvelles productions du genre », *Les cahiers du genre*, n° 56/2014, p. 6.

LÖWY (Ilana), ROUCH (Hélène), « Genèse et développement du concept de genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, n° 34, 2003/1, p. 8.

LÖWY I., « La fabrication du naturel : l'AMP dans une perspective comparée », *Tumultes*, 2006/1, n° 26, p. 146.

MATHIEU (Marie), RUAULT (Lucile), « Prise en charge et stigmatisation des avortantes dans l'institution médicale : la classe des femmes sous surveillance », *Politix*, 2014/3 (n° 107), p. 49.

MAURY (Alfred), « La Législation criminelle sous l'ancien régime », *Revue des Deux Mondes*, période 3, tome 23, 1877, p. 588.

MAZABRAUD (Bertrand), « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010/2, n° 42, p. 147.

MEHL (Dominique), « Les exclus de l'AMP », *Raison publique*, 15 mai 2012.

MEMBRADO (Monique), « La décision médicale entre expertise et contrôle de la demande : les cas des interruptions de grossesse pour motif thérapeutique », *Sciences sociales et santé*, 2001, 19/2 p. 31.

MEMMI (Dominique), « L'autoévaluation, une parenthèse ? Les hésitations de la biopolitique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010/1, n° 128-129.

MEMMI (Dominique), « Une discrète naturalisation de la maternité : le for intérieur féminin face aux aléas de la reproduction », *Sociologie* 2016/4, Vol. 7, p. 419.

MEMMI (Dominique), « Vers une confession laïque - la nouvelle administration étatique des corps », *Revue française de science politique*, 2000, 50-1, p. 3.

MEMMI (Dominique), TAÏEB (Emmanuel), « Les recompositions du faire mourir, vers une biopolitique d'institution », *Sociétés contemporaines*, 2009/3, p. 75.

MERCHANT (Jennifer), « Féministes américains et *reproductive rights*/droit de la procréation », *Le mouvement social*, 2003/2, n° 203, p. 55.

- MORE (Caroline), «Sexualité et contraception vue à travers l'action du mouvement français pour le planning familial de 1961 à 1967 », *Le mouvement social*, 2004/2, n° 207, p. 85.
- MOYSE (Danièle), DIEDERICH (Nicole), « Après l'affaire Perruche, le dépistage prénatal des anomalies à l'épreuve de la judiciarisation », *Journal de la réadaptation médicale*, 2005, 25, n° 3, p 141.
- NAPOLI (Paolo), « Sur le droit et la vie », *Multitudes* 1, mars 2000.
- NORTON (Mary E.), JACOBSSON (Bo), SWAMY (Geeta Krishna), « Le TGI peut éviter des amniocentèses illégitimes », *Revue francophone des laboratoires*, mai 2015, n° 472, p. 21.
- OGIEN (Ruwen), « Bioéthique et dogmatisme familial », *Raison publique*, 21 mars 2011.
- OLIVERO (Philippe), « La notion de pré-embryon dans la littérature politico scientifique », *Archives de philosophie du droit*, tome 36, 1991, p. 87.
- PAINTER (Nell), « Une histoire du peuple blanc », *Chimères*, 2010/3, n° 74.
- PHETERSON (Gail), « Grossesse et prostitution. Les femmes sous la tutelle de l'État », *Raisons politiques* 3/2003, n° 11.
- PHETERSON (Gail), « Avortement pharmacologique ou chirurgical : les critères sociaux du choix », *Cahiers du genre*, 2001/1, n° 31, p. 221.
- POLIN (Raymond), « Sur la signification de la paix d'après la philosophie de Hobbes », *Revue française de science politique*, 1954, 4-2 p. 252.
- POULANTZAS (Ariane), « L'anonymat dans la procréation médicalement assistée. Entretien avec Jean-Marie Kunstmann », *La Vie des idées*, 28 janvier 2011.
- POURE (Valérie), « Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? », *UNAF*, 2013/1, n° 10 p. 176.
- ROZÉE (Virginie), MAZUY (Magali), « L'infertilité dans les couples hétérosexuels : genre et "gestion" de l'échec », *Sciences sociales et santé*, 2012/4, vol. 30, p. 6.
- RUELLE (Charles), « Population, milieu et normes », *Labyrinthe*, 22/2005, 27-34.
- SALLES (Anne), LETABLIER (Marie Thérèse), « La raison démographique dans les réformes de politiques familiales en France et en Allemagne », *Politiques sociales et familiales*, Europe, n° 112 -juin 2012.
- SIMON-BOUY (Brigitte), SERRE (Jean-Louis), « Le diagnostic prénatal n'est pas de l'eugénisme », *Gynécologie obstétrique et fertilité*, n° 43, 2015, p. 263.
- SIMONNOT (Anne-Laure), « Un enjeu éthique du XXème siècle : la question de l'eugénisme », *Annale médicale de psychologie*, 159, 23-6, 2001, p. 25.
- TAGUIEFF (Pierre-André), « L'introduction de l'eugénisme en France : du mot à l'idée », *MOTS*, n° 26, mars 1991, p. 44.
- TAGUIEFF (Pierre-André), « Sur l'eugénisme : du fantasme au débat », *Pouvoirs*, n° 56, 1991, p. 23.
- TAÏEB (Emmanuel) « Avant propos : du biopouvoir au thanatopouvoir », *Quaderni*, 2006, n° 62, p. 5.

TAIN (Laurence), « Refus des médecins, abandons des couples : quel contrôle pour la pratique de procréation assistée ? », *Sciences sociales et santé*, Vol. 23, n° 3, septembre 2005.

TAIN (Laurence), « Corps reproducteurs et techniques procréatives : images, brouillages, montages et remue-ménage », *Cahiers du Genre*, 2003/1, n° 34, p. 172.

THÉRY (Irène), « Le lourd secret des origines », *Les grands dossiers des sciences humaines*, 2012/6.

THÉRY (Irène), « Du don de gamètes au don d'engendrement », Vol. 1, n° 39, 2012, p. 155-162.

TINKOVA (Daniela), « Protéger ou punir ? Les voies de la décriminalisation de l'infanticide en France et dans le domaine des Habsbourg (XVIII^e-XIX^e siècles) », *Crime, Histoire & Sociétés*, vol. 9, n° 2, 2005.

UNAPEI, « Stérilisation des personnes handicapées mentales », *Contraste*, n° 22-23, 2005/1.

VAGUE (Jean), « Le désir de changer de sexe. Forme épidémique actuelle d'un mal ancien », *La Presse médicale*, 1956, vol. 64, n° 41, p. 950.

VEIL (Mechthild), « Politiques familiales contre politique de l'égalité des sexes ? Le cas de l'Allemagne », *Travail, genre et sociétés*, 2010/2.

VERSPIEREN (Patrick), « Vers un eugénisme légal ? », *Études*, 2011/4, tome 414, p. 128.

WINOCK (Michel), « Les hésitations de la République », *L'Histoire*, 10, 2010 n° 357.

Articles en allemand

BACH (Kurt), WELLER (Konrad), « Ist die Sexualerziehung den Herausforderungen der Gegenwart noch gewachsen ? », Manuskriptdruck, Herausgeber anlässlich der Gemeinschaftsveranstaltung der Thüringer Aids-Prävention, des Pro Familia Landesverbandes Thüringen und der Gesellschaft für Sexualwissenschaft, 1993.

LACHMUND (Jens), « Die Profession, der Patient, und des medizinische Wissens », *Zeitschrift für Soziologie*, Jg 16, Volume 5, Octobre 1987.

LOH (Andreas), SIMON (Daniela), NIEBLING (Wilhelm), « Patientenbeteiligung bei medizinischen Entscheidungen », *Zeitschrift für Allgemeinmedizin*, 81, 2005, p. 550.

LOH (Andreas), SIMON (Daniela), « Gemeinsam entscheiden - erfolgreich behandeln? », *Managed Care* 2, 2007, p. 7.

LOH (Andreas), SIMON (Daniela), LEVENTE (Kriston), HÄRTER (Martin), « Patientenbeteiligung bei medizinischen Entscheidungen - Effekte der Partizipativen Entscheidungsfindung aus systematischen Reviews - Shared Decision Making in Medicine », *Deutsche Ärzteblatt*, 2007, p. 104.

LÜBBE (Weyma), « Problem der behindertenselektion bei der PND und PID, Ethik in der Medizin », *EthikMed*, 2003, p. 203.

MAAS (Marie-Charlotte), « Wir kommen gern, Studenten als Samenspender », *Der Spiegel*, 10 mai 2013.

MORCK (Hartmut), « Die Pille danach zur Selbstmedikation », *Pharmazeutische Zeitung*, 50/2002.

RIEDEL (Ulrike), « Präimplantationsdiagnostik - Plädoyer für eine unvoreingenommene, offene Debatte », *Deutsches Ärzteblatt*, 2000, 97, p. 586.

ROCKENBAUCH (Katrin), SCHILDMANN (Jan), « Partizipative Entscheidungsfindung (PEF): eine systematische Übersichtsarbeit zu Begriffsverwendung und Konzeptionen - Shared Decision Making (SDM): A Systematic Survey of Terminology Use and Concepts », *Gesundheitswesen*, 2011, 73 : 399, p. 408.

ROSE (Nicolas), RABINOW (Paul), Biopower Today, *BioSocieties*, 2006, n°1, p. 195.

SCHEIBLER M.A (Fülöp), PFAFF (Holger) (dir), *Shared Decision-Making: Der Patient als Partner im medizinischen Entscheidungsprozess*, Taschenbuch, Juventa, 2003.

STRECKENBACH (Kathrin), « 10000 umstrittenen Trisomie Tests in Deutschland », *Die Welt*, 15 mars 2014.

UNSCHULD (Paul), « Geschichte der Medizin : der Patient als leidender und Kunde », *Deutsche Ärzteblatt*, 103, 2006.

Contributions à des ouvrages collectifs

Contributions en français

ADAM-FERREIRA (Béatrice), « La délégation de compétence normative : le rôle du comité d'éthique dans l'élaboration des normes dans le domaine biomédical », in LOCHAK (Danièle), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, PUF, 2007.

ANDRÉ (Caroline), « La différence des sexes et l'établissement de la filiation en droit français : l'étude des filiations sexuellement exclusives », in BRUNETTI-PONS (Clotilde), *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, LGDJ, 2014, p. 153.

BAJOS (Natalie), FERRAND (Michèle), « Contraception et rapports sociaux de sexe », in HAUDIQUET (Valérie), SURDUTS (Maya), TENENBAUM (Nora), *Une conquête inachevée : le droit des femmes à disposer de leur corps*, Paris, Syllepses, 2008, p. 20.

BEAUBATIE (Emmanuel), « Trans » in RENNES (Juliette), *Encyclopédie critique sur le genre*, Paris, La découverte, 2016, p. 643.

BELLIVIER (Florence), BRUNET (Laurence), « Évolutions des catégories normatives de jugement de vie et droit de la bioéthique », in JOUANNET (Pierre), IACUB (Marcela) (dir.), *Juger la vie - Les choix médicaux en matière de procréation*, Paris, La découverte, 2001.

BELLIVIER (Florence), EGERA (Pierre), « L'être humain sans qualité », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie) (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique - réflexion à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2008*, LGDJ, 2006.

BENOS (Céline), « Les conséquences juridiques du traitement du transsexualisme », in DEFFAINS (Nathalie), PY (Bruno), *Le sexe et la norme*, Presse universitaire de Nancy, 2010.

BINET (Jean René), « Pratiques médicales de fin de vie : cadre juridique général », in RIBEYRE (Claude), *Fin de vie et droit pénal : Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, Paris, CUJAS, 2014.

BIOY (Xavier), « Le droit à l'accès aux soins : un droit fondamental ? », in POIROT-MAZERES (Isabelle) (dir.), *L'accès aux soins, principes et réalité*, Paris, LGDJ, 2008.

BIOY (Xavier), « Juges et apparences physique, ne pas juger les apparences selon lesquelles on juge », in JACQUINOT (Nathalie), *Juges et apparences*, Actes de colloques de l'IFR, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2010.

BOCK (Gisèle), « Pauvreté féminine, droits des mères et État-providence », in THÉBAUD (Françoise), *Histoire des femmes en occident*, Tome 5 - le 20^{ème} siècle, Paris, Perron, 2002.

- BRIVAL (Marie-Laure), « Droit des femmes, enjeu du pouvoir médical », in HAUDIQUET (Valérie), SURDUTS (Maya), TENENBAUM (Nora), (dir.), *Une conquête inachevée : le droit des femmes à disposer de leur corps*, Paris, Syllepse, 2008.
- BRUNET (Laurence) « PMA et catégories ethno-raciales : l'enjeu de la ressemblance », in CANSELIER (Guillaume), DESMOULIN-CANSELIER (Sonia), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, Société de législation comparée, 2011, p. 135.
- BRUNET (Laurence), « Stérilisation et changement de la mention du sexe à l'état civil » in HÉRAULT (Laurence), *La parenté transgenre*, Aix-Marseille, Publications de l'université de Provence, 2014.
- BRUNET (Pierre), « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in SOREL (Jean-Marc), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Paris, LGDJ, 2011.
- CADOU (Éléonore), « Le droit de la filiation à l'épreuve de l'homoparentalité », in ZATARA GROS (Anne Françoise), *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013.
- CARMAJI (Laure), ODOUL-ASOUREY (Isabelle), PORTA (Jérôme), « Travailleuse, travailleur : une lecture du Code du travail au prisme du genre », in HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le genre. Études critiques du droit*, Paris, CNRS édition, 2014.
- CARAYON (Lisa), « Interruption volontaire de grossesse et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), PICHARD (Marc), ROMAN (Diane), *La loi et le Genre - Études critiques de droit français*, Paris, CNRS édition, 2014.
- CARAYON (Lisa), « Les femmes et la reproduction en droit français : l'abnégation forcée », in HULIN (Anne-Sohie), LECKEY (Robert), *L'abnégation en droit civil*, Yvons Blais, Montréal, 2017.
- CATTO (Marie-Xavière), « La mention du sexe à l'état civil », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), PICHARD (Marc), ROMAN (Diane) (dir.), *La loi et le genre - Études critiques de droit français*, Paris, CNRS édition, 2014.
- CATTO (Marie-Xavière), GIRARD (Charlotte), GATÉ (Juliette), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), VERGEL-TOVAR (Carolina), « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), PICHARD (Marc), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013.
- CAUDAL (Sylvie), « Rapport introductif », in CAUDAL (Sylvie), *Les principes en droit*, Paris, Économica, 2008.
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Effectivité et droits de l'homme-approche théorique » in CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), LOCHAK (Danièle), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presse universitaire de Paris X, 2008.
- CHEVALLIER (Jacques), « Juriste engagé(e) ? » in CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), FERRÉ (Nathalie), ARNAUD (André-Jean), BARUCH (Marc-Olivier), KERNEIS (Soazick), *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « L'établissement de la filiation », in BLOCH (Pascale), DEPADT (Valérie), *L'identité génétique de la personne. Entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, 2007.
- DELAISI DE PARSEVAL (Geneviève), « Un nouveau défi pour les couples : choisir le bon moment », in BAULIEU (Étienne-Émile), HÉRITIER (Françoise), LERIDON (Henri), *Contraception : contrainte et liberté*, Paris, Odile Jacob, 1999.

DELMAS-MARTY (Mireille), « Préface, la tragédie des trois C », in DOAT (Mathieu), LE GOFF (Jacques), PEDROT (Philippe), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presse Universitaire de Rennes, 2007.

DIEDERICH (Nathalie), « Droit à la procréation ou sélection humaine ? » in DIEDERICH (Nathalie), *Stériliser le handicap*, Toulouse, Érès, 1998.

DIONISI-PEYRUSSE (Amélie), PICHARD (Marc), « Le genre dans le droit de la filiation », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), PICHARD (Marc) et ROMAN (Diane) (dir.), *La loi et le genre - Études critiques de droit français*, Paris, CNRS édition, 2014.

DUCHENE (Joseph), « Les rapports entre la science et l'éthique : gérer ensemble l'incertitude », in DELFOSSE (Marie-Luce) (dir.), *Les comités de la recherche biomédicale*, Presses universitaires de Namur, 1997.

DUMORTIER (Thomas), « La loi IVG : l'effectivité de quel droit », in CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), LOCHAK (Danièle), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presse universitaire de Paris X, 2008.

DUMORTIER (Thomas), « Le Droit de l'Assistance médicale à la procréation à l'épreuve du genre » in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), PICHARD (Marc), *La loi et le genre. Études critiques du droit*, Paris, CNRS édition, 2014.

DURAND (Bernard), « Éthique et handicap mental de l'enfant » in LENOIR (Noëlle), *Aux frontières de la vie : paroles d'éthique*, Paris, La documentation française, 1991.

FAGNANI (Jeanne), LETABLIER (Thérèse), « Les enjeux démographiques dans les réformes des politiques familiales en Allemagne et en France » in COUAZE (Serge), SALLES (Anne), PRAT-ERKERT (Cécile) (dir.), *Les enjeux démographiques en France et en Allemagne : réalités et conséquences*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2011.

FASSIN (Didier), « Au cœur de la cité salubre. La santé publique entre les mots et les choses », in DOZON (Jean-Pierre), FASSIN (Didier), *Critique de la santé publique. Une approche anthropologique*, Paris, Baland, 2001.

FERNALEGUEN (Francis), « Le corps de la femme et la biomédecine en droit français », in FEUILLET-LIGER (Brigitte), AOUIJ MRAD (Amel), *Corps de la femme et Biomédecine*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

FURKEL (François), « Allemagne - Le rôle majeur des proches au service d'une réelle autonomie du patient en fin de vie », in FEUILLET-LIGER (Brigitte) (dir.), *Les proches et la fin de vie, Panorama International*, Collection « Droit, bioéthique et société », Bruxelles, Bruylant, 2013.

FURKEL (Françoise), « Le corps féminin et la biomédecine en république fédérale d'Allemagne », in FEUILLET-LIGER (Brigitte), AOUIJ-MRAD (Armel), *Corps de la femme et Biomédecine*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

FURKEL (Françoise), « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », in FEUILLET-LIGER (Brigitte), CRESPO-BRAUNER (Marie-Claudia), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

GATÉ (Juliette), « Genre et droit pénal - illustrations choisies », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), PICHARD (Marc), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013.

GALLMEISTER (Inès), « Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : la boîte de Pandore », in MARAIS (Astrid), *La procréation pour tous*, Paris, Dalloz, 2015.

GRÜNDLER (Tatiana), « Le droit à la protection de la santé », in ROMAN (Diane) (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Rapport scientifique, 2010.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Politique et politisation du vivant ? », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie) (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique - réflexion à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2008*, Paris, LGDJ, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Analyser le discours doctrinal : comment dire qu'un texte prescrit ? » in DOAT (Mathieu), LE GOFF (Jacques), PEDROT (Philippe), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presse Universitaire de Rennes, 2007.

HENNETTE -VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane) « La procréation est elle vraiment devenue une question de choix ? La question du genre dans le droit médical et biomédical ? », in VERGES (Étienne), *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Paris, Litec, 2011.

HÉRAULT (Laurence), « Procréer à la manière des femmes, engendrer en tant qu'homme », in HÉRAULT (Laurence), *La parenté transgenre*, Aix-Marseille, Publications de l'université de Provence, 2014.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Bioéthique et genre : cadrage théorie, enjeux européens » in ZATTARA-GROS (Anne-Françoise) (dir.), *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « Théorie féministe et droit de l'Union européenne : deux regards décalés sur la gestation pour autrui », in MARAIS (Astrid), *La procréation pour tous*, Paris, Dalloz, 2015, p. 148.

HENNETTE -VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane) « Du sexe au genre, le corps des femmes en droit international » in BURGOGUE LARSEN (Laurence), MUIR WATT (Horacia), RUIZ FABRI (Hélène), JOUANNET (Emmanuelle Tourme), *Féminisme et droit international. Études francophones*, Société de législation comparée, 2015.

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), « L'analyse juridique du genre », in HERRERA (Carlos Miguel), ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphael), HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), LECLERC (Olivier), *L'analyse juridique de (x)*, Broché, 2016, p. 115.

HÉRAULT (Laurence), « Procréer à la manière des femmes, engendrer en tant qu'homme », in HÉRAULT (Laurence), *La parenté transgenre*, Aix-Marseille, Publications de l'université de Provence, 2014.

IACUB (Marcela), « Le médecin face à la procréation légalement assistée », in JOUANNET (Pierre), IACUB (Marcela) (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, Paris, La découverte, 2001.

IACUB (Marcela), « Liberté de procréer ou droit de ne pas naître », in IACUB (Marcela), JOUANNET (Pierre), *Juger la vie, Les choix médicaux en matière de procréation*, Paris, La découverte, 2001.

IACUB (Marcela), « Transsexualisme et société », in HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme*, 2009.

JEANIN (Laure), « Le principe de la dignité en droit allemand, l'interprétation et le renforcement de la valeur axiologique des droits fondamentaux », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005.

JOUANNET (Pierre), « Quand les hommes transsexuels souhaitent devenir pères par don de sperme », in HÉRAULT (Laurence), *La parenté transgenre*, Aix-Marseille, Publications de l'université de Provence, 2014.

LABORIE (Françoise), « D'une banalisation sans évaluation et de ce qui peut s'ensuivre », in TESTART (Jacques), *Le magasin des enfants*, Paris, Gallimard, 1994.

LABRUSSE-RIOU (Catherine), « Préface », in BRUNETTI-PONS (Clotilde), *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Paris, Mare & Martin, 2014.

LENOIR (Noëlle), «La contraception dans les pays développés : une pratique sociale devenue liberté fondamentale » in BAULIEU (Étienne-Émile), HÉRITIER (Françoise), LERIDON (Henri), *Contraception : contrainte et liberté ?*, Paris, Odile Jacob, 1999.

LEVINET (Michel) «Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LARRALDE (Jean-Marie), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

LOCHAK (Danièle), «La neutralité dogmatique juridique : mythe ou réalité ?», in AMSELEK (Paul) (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 293.

LOISEAU (Grégoire), «La qualification juridique de l'embryon : sujet ou objet ?» in JOUANNET (Pierre), PAYLEY- VINCENT (Catherine), *L'embryon, le fetus, l'enfant*, Paris, ESKA, 2009.

MARAIS (Astrid), «Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ?», in MARAIS (Astrid), *La procréation pour tous*, Paris, Dalloz, 2015.

MATHIEU (Bertrand), «L'appréhension de l'eugénisme par le droit. Entre réglementation et interdiction », Communication au colloque international *L'eugénisme après 1945, forme nouvelle d'une doctrine périmée*, 1997.

MATHIEU (Bertrand), «La place des normes constitutionnelles dans le droit de la bioéthique », in FEUILLET-MINTER (Brigitte), *Normativité et biomédecine*, Paris, Économica, 2003.

MEHL (Dominique), «L'élaboration des lois bioéthiques », in JOUANNET (Pierre), IACUB (Marcela) (dir.), *Juger la vie, les choix médicaux en matière de procréation*, Paris, La découverte, 2001.

MEMMI (Dominique), «Les postures du censeur ou comment faire de l'éthique sans perdre son âme » in FRITSCH (Philippe), *L'activité sociale*, Paris, CNRS édition, 1992.

MEMMI (Dominique), «Sonder les âmes et radiographier les corps ? La régulation sociale du désir d'enfant » in JOUANNET (Pierre), IACUB (Marcela) (dir.), *Juger la vie - Les choix médicaux en matière de procréation*, Paris, La découverte, 2001.

MEMMI (Dominique), « Administrer une matière sensible. Conduites raisonnables et pédagogie par corps autour de la naissance et de la mort », in FASSIN (Didier), MEMMI (Dominique) (dir.), *Le gouvernement des corps*, Paris, EHES, 2004, p. 136.

MERCAT BRUNS (Marie), «Droits sur les produits du corps de la femme et discrimination : l'éclairage du droit français et du droit américain », in MERCAT BRUNS (Marie), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Paris, Dalloz, 2006.

MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), «La production des normes », in NEIRINCK (Claire), *De la bioéthique au biodroit*, Paris, LGDJ, 1994.

MOLFESSIS (Nicolas), «Le respect de la dignité de la personne humaine en droit civil », in REVET (Thierry) (dir.), *Le respect de la dignité de la personne humaine*, Paris, Économica, 1999, p. 122.

NEIRINCK C., «La bioéthique : moral ou utilitarisme ? L'exemple des procréations médicalement assistées », in LE TOURNEAU (Philippe), MOLINIER (Joël), COUZINET (Jean-François), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005.

NEIRICK (Claire), « Introduction », in NEIRICK (Claire), *L'état civil dans tous ces états*, Paris, LGDJ, 2008, p. 41.

NEIRINCK (Claire), «La personnalité juridique et le corps », in BIOY (Xavier), *La personnalité juridique*, Paris, LGDJ, 2013.

NIORT (Jean-François), « Personne et discrimination : approche historique et théorique » in MERCAT BRUNS (Marie), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Paris, Dalloz, 2006, p. 15.

OLIVIER (Cyril), « Du crime contre la race. L'avortement dans la France de la Révolution nationale », in BARD (Christine), CHAUVAUD (Frédéric), PERROT (Michelle), *Femmes et justice pénale*, Presses universitaires de Rennes, 2002.

PALAU-SIMONNET (Bénédicte), « Droit à l'enfant et transsexualisme », in BRUNETTI-PONS (Clothilde), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, Rapport final, Mission de recherche Droit et Justice, Université de Reims, 2015-2017.

PEDROT (Philippe), « Le CCNE », in FEUILLET-LEMINTER (Brigitte), *Normativité et biomédecine*, Paris, Économica 2003.

PFERSMANN (Otto), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in DELMAS-MARTY (Mireille) (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, société de législation comparée, 2001.

PINELL (Patrice), « Dégénérescence », in LECOURT (Dominique), *Dictionnaire de la pensée médicale*, Paris, PUF, 2004.

POLLARD (Miranda), « Vichy et l'avortement, le contrôle du corps et le nouvel ordre moral dans la vie quotidienne », in FISHMAN (Sarah), LEE DOWNS (Laura), SINANOGLU (Ioannis), SMITH (Leonard), ZARETSKY (Robert) (dir.), *La France sous Vichy - autour de Robert O Paxton*, Paris, Éditions Complexe, 2004.

POTTE-BONNEVILLE (Mathieu), *Individualisation et subjectivation : remarques à partir de Michel Foucault*, in CORCUFF (Philippe), LE BART (Christian), DE SINGLY (François), *L'individu aujourd'hui - débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, Colloque de Cerisy, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

RAIMBAULT (Philippe), « Quelle signification pour le mouvement de subjectivation du droit public », in HERRERA (Carlos Miguel), PINON (Stéphane), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, 2012/2, p. 168.

ROMAN (Diane), « Les mères vulnérables ? Le suivi médico-social de la maternité », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), PICHARD (Marc), *La loi et le genre, Études critiques du droit*, Paris, CNRS édition, 2014.

ROMAN (Diane), « Les stéréotypes de genre : vieilles Lunes ou nouvelles perspectives pour le droit », in HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), ROMAN (Diane), PICHARD (Marc), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013.

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Introduction » in DIAMANT BERGER (Odile) (dir.), *Le transsexualisme, Droit et éthique médicale*, Volume 1, 1983, p. 17.

SERIAUX (Alain), « *Infans conceptus...* Remarques sur un univers juridique en mutation », in NEIRINCK (Claire), SERIAUX (Alain), LABRUSSE-RIOU (Catherine), *Le droit, la médecine et l'être humain propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du 21^{ème} siècle*, Aix-en-provence, Presses Universitaires d'Aix Marseilles, 1996.

SUREAU (Claude), « Le médecin et les naissances préjudiciables », in IACUB (Marcela), JOUANNET (Pierre), *Juger la vie - es choix médicaux en matière de procréation*, Paris, La découverte, 2001.

THOUVENIN (Dominique), « Le droit aussi a ses limites », in TESTART (Jacques), *Le magasin des enfants*, Paris, Gallimard, 1994.

TISSIER (Delphine), « La procréation assistée à travers le prisme du genre », in ZATARA GROS (Anne-Françoise), *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013.

TOMKIEWICZ (Stanislas), « À propos de la stérilisation des jeunes femmes handicapées mentales : petite histoire et grands principes », in DIEDERICH (Nathalie), *Stériliser le handicap*, Toulouse, Érès, 1998.

TUSSEAU (Guillaume), « Sur quelques écoles de définition des principes », in CAUDAL (Sylvie) (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 92.

VARIKAS (Eleni), « Conclusion », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL (Dominique), PLANTÉ (Christine), RIOT-SARCEY (Michèle), ZAÏDMAN (Claude), *Le genre comme catégorie d'analyse*, Paris, L'Harmattan, 2003.

ZAÏDMAN (Claude), « Introduction » in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL (Dominique), PLANTÉ (Christine), RIOT-SARCEY (Michèle), ZAÏDMAN (Claude), *Le genre comme catégorie d'analyse*, Paris, L'Harmattan, 2003.

ZUCKER-ROUVILLOIS (Élisabeth), « La fabrique des handicapés mentaux », in DIEDERICH (Nathalie), *Stériliser le handicap*, Toulouse, Érès, 1998.

Contributions en allemand

ABELS (Gabriele), « Biopolitik in supranationalen Arenen : Policy Prozesse mit oder ohne Repräsentation von Frauen ? », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörpernte Technik - Entkörpernte Frauen, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

BAUMANN-HÖLZLE (Ruth), « Elternschaft ausserhalb der Ehe - Ethische Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des Wohles der Kinder », in Bundesministerium für Gesundheit, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut, Vol. 132, Baden-Baden, Nomos, 2001.

BRAUN (Kathrin), « Eine feministische Verteidigung des Menschenwürdeschutzes für menschliche Embryonen », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörpernte Technik - Entkörpernte, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

CASE (Mary Ann), « Perfectionism and fundamentalism in the application of German abortion laws », in WILLIAMS (Susan), *Constituting equality: gender equality and comparative constitutional law*, Cambridge University Press, 2011.

COESTER (Michael), « Die Sterilisation geistig behinderter Menschen nach §1905 BtG-E : Zivilrechtliche Einzelaspekte », in *Regelungen zur Sterilisation einwilligungsunfähiger Personen im Betreuungsgesetz*, Interdisziplinäres Colloquium, 10 et 11 mai 1989.

DERLEDER (Peter), « Die Grenzen einer Elternschaft aufgrund medizinisch unterstützter Fortpflanzung », in Bundesministerium für Gesundheit : Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, , Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut, Vol. 132, Baden-Baden, Nomos, 2001.

ELFFERICH (Cornelia), « Planbarkeit - ein Mythos? Anmerkungen zu einer Geschichte der Planbarkeit und zu Alltagsvorstellungen von Frauen » in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid) (dir.), *Verkörpernte Technik - Entkörpernte Frau : Biopolitik und Geschlecht (Politik der Geschlechterverhältnisse)*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

FABER (Brigitte), « Privat oder Politisch ? Akzeptanz und Selbstbestimmung in Zeiten der Gen und Reprotechnologien », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörpernte Technik - Entkörpernte Frau, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

GRAUMANN (Sigrid), « Die Geburt als Grenze zur Konstitution sozialer Personen, ihre historischen Wurzeln und ihre heutige Irritation durch Spätabbrüche und die Behandlung von Frühchen », in JOERDEN (Jan), HILGENDORF (Eric), PETRILLO (Nathalia) THIELE (Felix), *Menschenwürde in der Medizin : Quo vadis ?*, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Baden-Baden, Nomos, 2012.

HOFMANN (Heidi), « Feministische Diskurse über moderne Reproduktionstechnologien » in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

KELLER (Rolf), « Fortpflanzungstechnologie und Strafrecht », in GÜNTHER (Hans-Ludwig), KELLER (Rolf) (dir.), *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik - Strafrechtliche Schranken*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1991.

KUHLMANN (Ellen), « Verhandlungen über den Körper - Biotechnologische Entwicklungen und feministische Perspektiven », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

LAUFS (Adolf), « Deutscher Ärztetag und Fortpflanzungsmedizin », in LAUFS (Adolf), KERN (Bernd-Rüdiger), *Handbuch des Arztrechts*, 4^{ème} édition, 2010.

LINDNER (Joseph-Franz), « Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizinergesetzes », in ROSENAU (Henning) (dir.), *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinergesetz für Deutschland*, Nomos, 2012.

MERSKI (Silja), « Entmündigende Selbstbestimmung. Wie die genetische Beratung schwangere Frauen zu einer unmöglichen Entscheidung befähigt », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

MIDDEL (Claus-Dieter), « Darf der Staat seine Bürger zur Gesundheit erziehen oder verbieten dies die Freiheitsgrundrechte? » in WEILERT (Katharina), *Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat*, Baden_Baden, Nomos, 2015.

MIETH (Dietmar), « IVF - Elternschaft ausserhalb der Ehe ? », in Bundesministerium für Gesundheit, *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut, Vol. 132, Baden-Baden, Nomos, 2001.

MURPHY (Theresa), « Health confidentiality in the age of talk » in SHELDON (Sally) (dir.), *Feminist perspectives on health care law*, London, Cavendish Publishing, 1998.

PIEROTH (Bodo), « Verfassungsrechtliche Aspekte des §1905 Betreuungsgesetz-Entwurf », in *Regelungen zur Sterilisation einwilligungsunfähiger Personen im Betreuungsgesetz*, Interdisziplinäres Colloquium am 10./11. Mai 1989.

PIETZNER (Klaus), « Probleme der Reproduktionsmedizin in Deutschland aus medizinischer und psychosozialer Sicht » in ROSENAU (Henning), *Ein Zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinergesetz für Deutschland*, Nomos, 2013.

RODRIGUEZ-RUIZ (Blanca), SACKSOFSKY (Ute), « Gender in the German Constitution », in RUBIO-MARIN (Ruth). (dir.), *The gender of constitutional jurisprudence*, Cambridge Press, 2005.

SACKSOFSKY U., « Grundgesetzkonforme Alternativen der Ausgestaltung der Familienförderung », in SEEL (Barbara), *Ehegattensplittung und Familienpolitik*, Wiesbaden, Deutsche Universitätsverlag, 2007.

SAMERSKI (Silja) « Entmündigende Selbstbestimmung », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid) (dir.) *Verkörperter Technik - Entkörperter Frau- Biopolitik und Geschlecht, Politik der Geschlechterverhältnisse*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

SCHEULEN (Andreas), « Zur Rechtslage und Rechtsentwicklung des Erbgesundheitsgesetzes 1934 » in HAMM (Margret)(dir.), *Lebensumwert - zerstörtes Leben : Zwangssterilisation und Euthanasie*, VAS-Verlag für Akademische Schriften, Frankfurt am Main, 2005.

SCHMUL (Hans-Walter), « Sterilisation, Euthanasie, Endlösung. Erbgesundheitspolitik unter den Bedingungen charismatischer Herrschaft », in FREI (Norbert), *Medizin und Gesundheitspolitik in der NS Zeit*, München, Oldenburg, 1991.

SCHÖNBERG (Christoph), « Anmerkungen zu Karlsruhe », in JESTAEDT (Mathias), LEPSIUS (Oliver), MÖLLERS (Christoph), *Das entgrenzte Gericht - eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011.

SIEGEL (Reva B), « Abortion as a Sex equality Right - Its Basis in Feminist Theory », in ALBERTSON FINEMAN (Martha), KARPIN (Isabel) (dir.), *Mothers in Law: feminist theory and the legal regulation of Motherhood*, Comlumbia university, 1995.

SIEGEL (Reva B), « The constitutionalization of Abortion » in ROSENFELD (Michel) and SAJO (Andras), eds. *The oxford Handbool of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

VOLLMER (Franzika), « Zur Verfassungsmässigkeit des Ehegattensplittings », in SEEL (Barbara), *Ehegattensplitting und Familienpolitik*, Wiesbaden, Deutsche Universitätsverlag, 2007.

VOSEN (Johannes), « Die Umsetzung der Politik der Eugenik bzw. Rassenhygiene durch die öffentliche Gesundheitsverwaltung im Deutschen Reich. Das Beispiel der Sterilisationspolitik (1923-1939) » in WECKER (Regina), BRAUNSCHWEIG (Sabine), IMBODEN (Gabriela), KÜCHENHOFF (Bernhard), RITTER (Hans Jakob), *Wie nationalsozialistisch ist die Eugenik ?*, Köln, Böhlau, 2009.

WALDSCHMIDT (Anne), « Normierung oder Normalisierung : Behinderte Frauen, der Wille zum Normalkind und die Debatte um die Pränaldiagnostik », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörperte Technik - Entkörperte Frau, Biopolitik und Geschlecht*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

WERSIG (Maria), KÜNZEL (Annegret), « Ehegattenunterhalt als Bremse des Wandels der Geschlechterverhältnisse - Das Beispiel Deutschland », in ARIOLI (Kathrin), COTTIER (Michelle), FARAHMAND (Patricia), KÜNG (Zita) (dir), *Wander der Geschlechterverhältnisse durch Recht ?*, Nomos, DIKE, 2008.

WERZIG (Maria), « Reproduktion zwischen Lebensschutz, Selbstbestimmung und Technologie », in FOLJANTY (Lena), LEMBKE (Ulrike), *Feministische Rechtswissenschaft - Ein Studienbuch*, Nomos Verlag, 2006.

WIESEMANN (Claudia), « Wie kann über den Embryo in einer Lebensweltlich angemessenen Weise gesprochen werden? Eine Kritik der Debatte um den moralischen Status des Embryos », in GRAUMANN (Sigrid), SCHNEIDER (Ingrid), *Verkörperte Technik - Entkörperte*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2003.

Rapports

Rapports en français

ABM, *Rapport annuel médical et scientifique*, 2001.

ABM, *État des lieux du diagnostic prénatal en France*, Saint-Denis, 2008.

ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaine en France*, 2013.

ABM, *Le rapport annuel sur le dispositif de vigilance relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 2014.

ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaine en France*, 2016.

Agence des Droits fondamentaux, *L'Union européenne, une communauté de valeurs : sauvegarder les droits fondamentaux en période de crise*, 2013.

AUBIN (Claire), JOURDAIN MENNINGER (Danièle), *La prise en charge des interruptions volontaires de grossesse*, 2009.

BARDOU (Janine), *Rapport au nom de la délégation du sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi relative à la contraception d'urgence*, n° 43, 24 octobre 2000.

BARÈGES (Brigitte) *Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, janvier 2011.

BIOULAC (Bernard), *Rapport de la mission d'information sur la bioéthique de l'Assemblée nationale* n° 2871, 30 juin 1992.

BOURDOULEIX (Gilles), *Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation*, n° 770, 2 avril 2008.

BOUSQUET (Dominique), LAURANT (Florence) *Rapport pour le HCE : L'accès à l'IVG, volet 1*, 2013.

BOUSQUET (Dominique), LAURANT (Florence), *Rapport pour le HCE : L'accès à l'IVG, volet 2*, 2013.

BRAIBANT (Guy), *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, étude du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 1988.

BRUNETTI-PONS (Clotilde), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, Mission Droit et Justice, Université de Reims, 2015-2017.

CABANEL (Guy), *Rapport sur la loi relative au respect du corps humain*, n° 398, 1994.

CHERIOUX (Jean), MATTEI (Jean-François), *Rapport fait au nom de la Commission sur le projet de loi relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, 14 juin 1994.

CLAYES (Alain), CHARLES (Bernard), *Rapport d'information de l'Assemblée nationale, par la mission d'information commune préparatoire au projet de loi de révision des « lois bioéthiques » de juillet 1994*, 1994.

CLAYES (Alain), VIALATTE (Jean-Sébastien), *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, OPECST, 2008.

CLAYES (Alain), HURIET (Claude) *L'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, OPECST, n° 232, 18 février 1999.

CNTE, *Rapport du Comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal*, 2005.

Conseil d'État, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Paris, La documentation française, 1999.

Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 2018.

Conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale (CSIS), *Rapport du groupe de travail n° 2 portant sur l'organisation du système de soins en matière d'interruption volontaire de grossesse (IVG)*, janvier 2011.

Cour de cassation, *La protection de la personne*, Rapport de l'année 2000, Paris, La documentation française.

DE RICHEMONT (Henri), *Rapport n° 145 sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, fait au nom de la commission des lois*, 19 décembre 2007.

Conférence nationale de santé, *Rapport pour le ministère de la Santé et des Sports, Résoudre les refus de soin*, 2010.

FAGNIEZ (Pierre Louis), *Cellules souches et choix éthiques*, Rapport au Premier ministre, 2006.

FORNI (Raymond), *Rapport sur le projet de loi portant abolition de la peine de mort*, n° 316, 10 septembre 1981.

GIRAUD (Francis), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, n° 210, 31 janvier 2001.

GOURJADE (Linda), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'admission des enfants en qualité de pupilles de l'État*, juillet 2013.

GRAF (Alain), *Rapport final des États généraux de la bioéthique*, juillet 2009.

HAS, *Patient et professionnels de santé : décider ensemble*, Synthèse de l'état des lieux, octobre 2013.

HAS, *Évaluation des stratégies de dépistage de la Trisomie 21 - Recommandation en santé publique*, 2007.

HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme*, 2009.

HAS, *Rapport sur la contraception d'urgence*, 2011.

IGAS, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, tome I, 2011, p. 24.

IGAS, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*,

IRDES, *La loi de modernisation de notre système de santé, Synthèse documentaire*, octobre 2017.

KOSCIUSKO-MORIZET (Nathalie), *Rapport présenté à l'Assemblée nationale, sur le projet de loi constitutionnelle n° 992 relatif à la charte de l'environnement*, n° 1595, mai 2004.

LE DEAUT (Jean-Yves), PROCACCIA (Catherine), *Rapport sur les enjeux économiques, environnementaux, sanitaires et éthiques des biotechnologies à la lumière de nouvelles pistes de recherche*, OPECST, 28 mars 2017

LENOIR (Noëlle), *Aux frontières de la vie : pour une démarche française en matière d'éthique biomédicale*, Paris, La documentation française, 1991.

LEONETTI J., *Rapport à l'assemblée nationale relatif à la bioéthique*, n° 3403, 11 mai 2011.

LIGNIÈRE-CASSOU (Marine), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, n° 2726, 15 novembre 2000.

MACHET (Jacques), *Rapport du Sénat sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, n° 73, 1997-1998.

MATTEI (Jean François), *La vie en questions, pour une éthique biomédicale*, La documentation française, 1994.

MILLON (Alain), *Rapport au Sénat relatif à la bioéthique*, n° 388, 30 mars 2011.

NEUWIRTH (Lucien), *Rapport de l'Assemblée nationale concernant la prophylaxie anticonceptionnelle*, n° 2203, 1966.

NEUWIRTH (Lucien), *Rapport sur la contraception d'urgence*, commission des affaires sociales, n° 49, 25 octobre 2000.

NISAND (Israël), *L'IVG en France - Propositions pour diminuer les difficultés que rencontrent les Femmes*, La documentation française, février 2009.

Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, « Penser l'assistance », mai 2013.

OMS, Rapport de situation, 63ème assemble mondiale, A63/27, 15 avril 2010.

PRADO (Cristel), *Mieux accompagner et inclure les personnes en situation de handicap : un défi, une nécessité*, Les avis du conseil économique, social et environnemental, 25 juin 2014.

TERRADE (Odette), *Rapport sur le projet de loi relatif à l'IVG et à la contraception*, n° 200, 24 janvier 2001.

GIAMI (Alain), LERIDON (Henri), *Les enjeux de la stérilisation*, INSERM, INED, 2000.

LABRUSSE-RIOU (Catherine), ALNOT (Marie Odile), *Les procréations artificielles*, Rapport au Premier ministre, la documentation française, 1986.

THERY (Irène), LEROYER (Anne Marie), *Filiation, origines et parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, La documentation française, 2014.

Rapports en allemand

Arbeitsgruppe In- vitro-Fertilisation (Benda-Kommission), *Genomanalyse und Gentherapie der Bundesministerien der Justiz bzw. für Forschung und Technologie*, 1985.

Arbeitskreis Abstammungsrecht, *Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, 2017.

Arbeitskreis für donogene Insemination, *Richtlinie zur Qualitätssicherung der Behandlung mit Spendersamen in Deutschland*, 8 février 2006.

Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Beschlußempfehlung und Bericht* 1995.

BMFSJ, *Geschlecht im Recht : Status Quo & Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtsidentität*, 2017.

BMFSFJ, *Gutachten Regelungs- und Reformbedarf für trans-/ geschlechtliche Menschen*, 2017.

Bundesregierung, *Gesundheitsbericht*, 18 décembre 1970.

Bundesregierung, *Erster Bericht über die Erfahrung mit der PID*, 10 décembre 2015.

Deutsche Forschungsgemeinschaft, *Stammzellforschung in Deutschland, Möglichkeiten und Perspektiven*, 2006.

Deutscher Ethikrat, *Babyklappen und sonstige Angebote zur anonymen Geburt*, 2011.

Deutscher Ethikrat, *Das Problem der anonymen Kindesabgabe*, 2009.

Deutscher Ethikrat, *Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung*, 2016.

Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, 2015.

Deutscher Ethikrat, *Intersexualität*, 2012.

Deutsches Jugendinstitut, *Anonyme Geburt und Babyklappen in Deutschland, Fallzahlen, Angebote und Kontexte*, 2011.

Enquete-Kommission, *Recht und Ethik der modernen Medizin*, mai 2002.

Ethik-Arbeitsgruppe des Deutschen Ärztinnenbundes, *Stellungnahme zur Präimplantationsdiagnostik*, 2011.

GÄRDITZ (Ferdinand), *Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnoseprodukts "Praenatest"*, Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen, 2012.

Interministeriellen Arbeitsgruppe zum Programm Schutz des ungeborenen Lebens, *Bericht*, 1984.

Kabinett, *Bericht zur Künstlichen Befruchtung*, 1988.

Kommission zur Auswertung der Erfahrungen mit dem reformierten §218 des Strafgesetzbuches, *Bericht* 1980.

Nationaler Ethikrat, *Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft*, Stellungnahme, 2003.

Nationaler Ethikrat, *Zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes*, Stellungnahme, 2007.

Profamilia, *Das neue Gesetz zur Vertrauliche Geburt*, 2014.

Profamilia, *Verhütungskosten in Deutschland und die Auswirkung und die Verhütungssituation*. 2015.

Promofamilia, *Schwangerschaftsabbruch,, was sie wissen sollten, was sie beachten müssen*, 2009.

Sonderausschusses für die Strafrechtreform, *Erster Bericht zum Entwurf eines fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, Drucksache 7/375, 24 avril 1975.

Commentaires de loi (Gesetzeskommentar)

BAMBERGER (Heinz Georg), ROTH (Herbert), *Beck'scher online Kommentar BGB*, 39^{ème} édition, 2016.

BASSENGE (Peter), BRUDERMÜLLER (Gerd), ELLENBERGER (Jürgen), GÖTZ (Isabell), GRÜNEBERG (Christian), SPRAU (Hartwig), THORN (Karsten), WEIDENKAFF (Walter), WEIDLICH (Dietmar), *BGB Palandt Kommentar*, 72^{ème} édition, C.H. Beck, München, 2013.

BECKER (Ulrich), KINGREEN (Thorsten), *Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar*, München, C.H. Beck, 5^{ème} édition, 2017.

BECKER (Ulrich), KINGREEN (Thorsten), *SGB V Kommentar*, 6^{ème} édition, München, C.H. Beck, 2018.

BURMANN (Michael), HESS (Rainer), HÜHNERMANN (Katrin), JAHNKE (Jürgen) *Straßenverkehrsrecht Kommentar*, 25^{ème} édition, 2018.

FISCHER (Thomas), *StGB Handkommentar*, 58^{ème} édition, München, C.H. Beck, München, 2010.

GÜNTHER (Hans-Ludwig) TAUPITZ (Jochen), KAISER (Peter), *Embryonenschutzgesetz - Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen*, Stuttgart, Kohlhammer, 2014.

HEIDEL (Thomas), HÜSSTEGE (Rainer), MANSEL (Heinz-Peter), NOACK (Ulrich), *BGB Kommentar*, 3^{ème} édition, Baden-Baden, Nomos, 2016.

HERBERGER (Maximilian), MARTINEK (Michael), RÜSSMAN (Helmut), WETH (Stefan), *Juris PraxisKommenta BGB*, München, C.H. Beck, 7^{ème} édition, 2014.

HÖMIG (Dieter), WOLFF (Heinrich-Amadeus), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 12^{ème} édition, 2018.

JARASS (Hans), PIEROTH (Bodo), *GG-Kommentar*, C.H. Beck, München, 11^{ème} édition, 2011.

JAUERNIG (Othmar), *BGB Kommentar*, München, C.H. Beck, 15^{ème} édition, 2014.

KINDHÄUSER (Urs), NEUMANN (Ulfrid), PAEFFEN (Hans-Ullrich), *StGB Kommentar*, Vorbemerkungen zu §211, 4^{ème} édition, 2013.

KRAUSKOPF (Dieter), *Soziale Krankenversicherung*, München, C.H. Beck, 63^{ème} édition, 2008.

LACKNER (Karl), KÜHL (Kristian), *StGB Kommentar*, München, C.H. Beck, 27^{ème} édition, 2010.

LAUFHÜTTE (Heinrich Wilhelm), TIEDEMANN (Klaus), RISSING-VAN SAAN (Ruth), *Leipziger Kommentar - StGB*, Berlin, De Gruyter, 12^{ème} édition, 2010.

MÜNCHENER KOMMENTAR, *Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck, 6^{ème} édition, 2014.

PALANDT (Otto), *BGB Kommentar*, München, C.H. Beck, 76^{ème} édition, 2017.

PRÜTTING (Hanns), WEGEN (Gerhard), WEINREICH (Gerd), *BGB Kommentar*, München, Luchterhand, 9^{ème} édition, 2014.

SACHS (Michael), *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H. Beck, 7^{ème} édition, 2014.

SCHIMDT-BLEIBTREU (Bruno), HOFMAN (Hans) HOPFAUF (Axel), *GG-Kommentar*, München, Carl Heymanns Verlag, 12^{ème} édition, 2011.

SCHÖNKE (Adolf), STERNBERG (Horst), *STGB-Kommentar*, München, C.H. Beck, 29^{ème} édition, 2014.

SCHULZE (Reiner), DÖRNER (Heinrich), EBERT (Ina), HOEREN (Thomas), KEMPER (Rainer), SAENGER (Ingo), SCHREIBER (Klaus), SCHULTE NÖLTE (Hans), *BGB - Handkommentar*, Nomoskommentar, 7^{ème} édition, Baden-Baden, Nomos, 2012.

STAUDINGER (Ansgar), *BGB Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 7^{ème} édition, 2012.

STAUDINGER (Julius), *BGB Kommentar*, Berlin, De Gruyter, 15^{ème} édition, 2013.

WESTERMANN (Hans-Peter), GRUNEWALD (Barbara), *ERMAN - BGB Kommentar*, München, Ottoschmidt, 14^{ème} édition, 2014.

INDEX

Les indications correspondent aux numéros de paragraphes.

A

Accouchement sous X : 874-907 ; 926 ; 1120

Acte d'enfant sans vie : 267-273 ; 276-282 ; 283-284 ; 285-287.

Actions aux fins de subsides : 1086.

Adoption : 728 ; 890-891 ; 901 ; 943-945 ; 952 ; 1099 ; 1104 ; 1107 ; 1119-1120 ; 1127 ; 1133 ; 1139- 1144 ; 1495-1496.

AGAMBEN (Giorgio) : 30-32 ; 34 ; 40 ; 758 ; 1503.

Agence de la Biomédecine : 50 ; 427 ; 459 ; 463 ; 725 ; 727 ; 1046 ; 1217 ; 1248 ; 1305 ; 1473-1477.

Allaitement : 866-867.

Allocations familiales : 795-798 ; 806-810 ; 812-814 ; 858 ; 869 ; 871 ; 1286 ; 1290.

AMP

- Accès : 657-661 ; 939 ; 942-948 ; 960-963 ; 965 ; 994 ; 1013-1019 ; 1023-1024.

- Anonymat : 664 ; 971-977 ; 983-986 ; 998-1005.

- Indemnisation (du don) : 663.

- Ouverture : 641-753 ; 938-1019 ; 1025-1026.

- Remboursement : 27 ; 664 ; 750 ; 956 ; 1010-1012.

Ancien Régime : 65-67 ; 127.

Antiquité : 155 ; 293 ; 329 ; 336.

Atteintes à l'intégrité physique : 76 ; 1051-1052 ; 1467.

Apparence physique : 1423.

Autonomie personnelle (CEDH) : 506-511 ; 558-560 ; 655.

C

Congé

- Maternité : 861-868.

- Parental : 857-858 ; 867 ; 869-871.

- Paternité : 857 ; 867.

Consentement

- Décision médicale : 103 ; 163-171.

- Homicide : 211-215.

- Avortement : 295 ; 364 ; 535 ; 846

- AMP : 459 ; 662 - 664 ; 681 ; 974-975 ; 980 ; 987 ; 990-991 ; 1002-1008 ; 1020-1023 ; 1030 : 1036 ; 1039 ; 1054-1062 ; 1065 ;

- GPA : 1119-1120 ; 1136

- Expérimentation médicale : 1176 ; 1181-1183

- DPN/DPI : 1214 ; 1235 ; 1240-1270 ;

- Stérilisation : 1342-1355 ; 1380-1394 ; 1417 ; 1431-1432 ; 1438-1448 ; 1460-1465 ; 1468.

Contraception

- Contraceptifs : 358-360 ; 479 ; 484 ; 521 ; 527 ; 531 ; 554 ; 756.

- Régime : 522-524 ; 525-531 ; 595-604 ; 605-610.

- Remboursement : 523 ; 528 ; 601-602 ; 605.

- Répression de la contraception : 774 ; 776-780 ; 793 ; 821-838.

Convention internationale des droits de l'enfant : 890-891.

Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine : 1180.

Couple : 408-409 ; 661-662 ; 801-818 ; 856-868 ; 938-1041 ; 967-970 ; 1088-1114.

D

Discriminations : 24 ; 690 ; 856 ; 947 ; 950-952 ; 958 ; 1231 ; 1362-1363.

DPN/DPI

- Encadrement : 1216-1249 ; 1251-1256 ; 1258-1260.
- Politique de santé publique : 1282 ; 1297 ; 1303.
- Remboursement : 1283-1290.
- Trisomie 21 : 1238 ; 1291-1297.

Droit à la connaissance de ses origines : 878 ; 884 ; 888 ; 896 ; 903-905 ; 976 ; 998-1000 ; 1006.

Droit à la vie (consécration) : 62-70 ; 73 ; 79-86 ; 115-124.

Droits reproductifs : 23-25.

Droits subjectifs : 12-13 ; 23 ; 121 ; 482 ; 501 ; 668 ; 756.

E

Égalité (entre les sexes) : 24 ; 492 ; 764 ; 824 ; 828 ; 829-830 ; 856-859 ; 936.

Expertise

- Biologique : 1083.
- Génétique : 753 ; 1083.
- Psychiatrique : 1434.

F

Filiation :

- Action en recherche de maternité : 879 ; 885 ; 887 ; 1073.

- Action en recherche de paternité : 851 ; 906 ; 996 ; 1005-1009.

- Maternelle : 874 ; 906 ; 1070-1072 ; 1077 ; 1080-1081 ; 1118-1121 ; 1131-1133 ; 1144.

- Paternelle : 874 ; 890 ; 904-906 ; 971 ; 975 ; 983-993 ; 1002 ; 1027 ; 1060 ; 1082-1087 ; 1121-1125 ; 1132 ; 1143 ; 1495.

- Reconnaissance : 1118-1125.

- Possession d'état : 1077 ; 1082 ; 1099.

- Présomption de paternité : 906 ; 973 ; 1077 ; 1080 ; 1082.

FOUCAULT (Michel) : 27 ; 29-30 ; 34 ; 36 ; 40 ; 60 ; 87 ; 151 ; 171 ; 581 ; 634-635 ; 1160 ; 1302 ; 1503.

G

Gamètes :

- Conservation : 398 ; 664 ; 725 ; 760 ; 1472-1477 ; 1479-1480 ; 1484-1486.

- Don : 662-667 ; 971 ; 976 ; 990 ; 1063 ; 1113 ; 1479.

- Prélèvement : 671-672.

Garde d'enfant : 856 ; 869 ; 871.

GPA

- Interdiction : 672 ; 694 ; 1042 ; 1068 ; 1088-1128.

- Reconnaissance : 1129-1140 ; 1141-1144.

H

Hétéronormativité : 957.

I

IMG

- Contentieux : 547 ; 1299 ; 1308-1312 ; 1314-1318 ; 1320-1338.

- Encadrement : 351-355 ; 911 ; 1207-1215 ; 1218 ; 1227-1228 ; 1233 ; 1237 ; 1249 ; 1253 ; 1258 ; 1262-1280.

- Évolution : 351-355 ; 1308-1318.

Impôts : 675 ; 743 ; 746 ; 797 ; 804 ; 806-809 ; 812-814.

Infanticide : 329-337.

IVG :

- Condition d'accès : 533-535 ; 543-544 ; 547 ; 566 ; 569 ; 619-622 ; 632-634.

- Clause de conscience : 564-565.

- Délais : 306 ; 322 ; 339-344 ; 360 ; 362-363 ; 533 ; 540 ; 547 ; 588.

- Délit d'entrave : 552 ; 569.

- Indemnisation de l'échec : 920-933.

- Remboursement : 536 ; 569 ; 624.

- Répression : 293-303 ; 320 ; 348-355 ; 364-365 ; 547 ; 781-786 ; 839-853.

N

Nature :

- Jusnaturalisme : 14-15.

- Lois naturelles / lois de la nature / ordre naturel : 14 ; 22 ; 739 ; 767-768 ; 945-947 ; 957 ; 993 ; 995 ; 1039-1040 ; 1111-1112

- Naturalisation : 327 ; 764 ; 768 ; 873-874 ; 901 ; 922-927 ; 936 ; 957 ; 993-994 ; 1059 ; 1067 ; 1073 ; 1075-1087 ; 1088 ; 1096-1100 ; 1105-1114 ; 1139.

Nazisme : 323 ; 526-527 ; 783-785 ; 832-836 ; 846 ; 1150-1173.

O

Opération de réassignation sexuelle : 1423 ; 1427 ; 1432 ; 1438-1442 ; 1448 ; 1464 ; 1466-1468 ; 1476.

P

Possession d'état : 1082 ; 1099.

Présomption de paternité : 906 ; 973 ; 1077 ; 1080 ; 1082.

Principe d'indisponibilité du corps humain : 1091 ; 1094 ; 1098 ; 1136.

Principe d'indisponibilité de l'état des personnes : 1091 ; 1093 ; 1124 ; 1453.

Projet parental : 404-421 ; 660 ; 959-964 ; 968 ; 975 ; 1002 ; 1020 ; 1029 ; 1036-1039 ; 1056-1059 ; 1236-1237 ; 1391 ; 1399 ; 1502.

R

Respect du droit à la vie privée (CEDH) : 507-510 ; 1029 ; 1131.

S

Sexe neutre/troisième sexe : 1428 ; 1448.

T

Temps partiels : 858 ; 870.

V

Vichy : 295 ; 782-783 ; 841.

Volonté

- Politique : 52 ; 911 ; 1124 ; 1167-1253

- Individuelle : 159 ; 183 ; 184 ; 186-208 ; 287 ; 469 ; 501 ; 549 ; 878 ; 911 ; 977 ; 1073-1087 ; 1091 ; 1094 ; 1124 ; 1140 ; 1424 ; 1443-1445 ; 1453-1454.

- Acte de volonté : 878-899 ; 986 ; 1007-1008 ; 1081-1083.

- Du majeur incapable : 1180-1394.

W

Weimar : 525 ; 784 ; 828-831 ; 1166.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
§1. LE DROIT DE LA PROCRÉATION	3
§2. ROMPRE AVEC L'APPROCHE CLASSIQUE DU DROIT DE LA PROCRÉATION	4
§3. PROPOSER UNE NOUVELLE GRILLE D'ANALYSE DU DROIT DE LA PROCRÉATION	12
A. Un concept opératoire : le biopouvoir	13
1. Le biopouvoir chez Michel FOUCAULT au service du maintien de la population	13
2. Le biopouvoir chez Giorgio AGAMBEN au service de la politisation du vivant	16
B. Une clé de lecture du droit de la procréation : la normalisation de la vie	17
1. Le droit de la procréation comme vecteur d'un biopouvoir normalisateur	18
2. Le droit de la procréation comme vecteur <i>invisibilisé</i> d'un biopouvoir normalisateur	19
a. L'invisibilisation de la normalisation par le droit	19
b. Les outils permettant le dévoilement de processus de <i>normalisation</i>	21
aa. La comparaison entre la France et l'Allemagne comme outil critique	21
bb. L'approche historique comme outil critique	24
cc. Une définition extensive du droit comme outil permettant le dévoilement de la <i>normalisation</i>	25
PARTIE 1. LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA VIE NUE (ZOE)	31
TITRE 1. LA PROTECTION JURIDIQUE DISCONTINUE DE LA VIE HUMAINE	33
CHAPITRE 1. LA PROTECTION JURIDIQUE CROISSANTE DE LA VIE POSTNATALE	35
SECTION 1. UNE PROTECTION JURIDIQUE DE LA VIE AU NOM DU MAINTIEN DE LA POPULATION	36
Sous-section 1. <i>Laisser vivre</i>	36
I. Un exemple : l'interdiction juridique du duel	36
A. Le duel comme atteinte à <i>l'existence juridique du souverain</i>	37
B. Le duel comme atteinte à la vie en tant qu'intérêt juridiquement protégé	38
II. Un principe : la protection de la vie par le droit pénal moderne	39
A. La protection accrue de la vie par le droit pénal	40
1. La protection de la vie dans les théories du contrat social	40
2. L'édition d'un corpus juridique pénal visant à protéger la vie	41
B. L'absence de protection juridique uniforme de la vie humaine	42
Sous-section 2. <i>Faire vivre</i>	44

I. Protéger la vie par l'organisation d'un système collectif de soins	45
A. Le développement de l'hygiène publique.....	46
B. Le développement de la santé publique	47
II. Protéger la vie par l'imposition de comportements sanitaires	51
A. Le principe de l'autonomie décisionnelle du patient.....	51
B. Les limites de l'autonomie décisionnelle du patient	55
1. Des mesures incitatives	55
2. Des mesures impératives.....	58
SECTION 2. UNE PROTECTION JURIDIQUE DE LA VIE AU NOM DES DROITS FONDAMENTAUX.....	62
Sous-section 1. <i>Faire mourir</i>	66
I. Le <i>droit de vie et de mort</i> : l'instrument du souverain	67
A. Un instrument au service du <i>maintien de la population</i>	68
B. La remise en cause progressive de cet instrument légal.....	69
II. Vers l'érosion du droit de vie et de mort du souverain.....	71
A. L'abolition de la peine de mort en France	72
1. Les remises en cause législatives	72
2. Les remises en cause constitutionnelles	73
B. L'abolition de la peine de mort en Allemagne.....	76
Sous-section 2. <i>Laisser mourir</i>	78
I. <i>Laisser mourir</i> : la privatisation progressive de la mort.....	78
A. La libéralisation du suicide	79
1. L'interdiction du suicide au nom du pouvoir monopolistique de <i>faire mourir</i> du souverain	79
2. La dépénalisation du suicide au nom de la liberté individuelle	80
B. La libéralisation de la fin de vie.....	82
1. <i>Laisser mourir</i> les patients souffrants.....	82
a. <i>Laisser mourir</i> les patients conscients	82
b. <i>Laisser mourir</i> les patients inconscients	84
2. <i>Faire mourir</i> les patients souffrants ?	86
II. Les limites à la privatisation de la mort	88
A. Les règles juridiques encadrant le suicide.....	88
1. Le devoir de sauver la personne en danger	88
2. L'interdiction d'aider une personne à se suicider	90
a. L'interdiction en France	90
b. L'interdiction en Allemagne.....	92

B. Les règles juridiques encadrant la fin de vie.....	96
1. Les limites au droit au refus de soin	96
a. Les limites en droit français	96
aa. La primauté de la protection de la vie sur celle de la volonté individuelle.....	97
bb. La primauté de la décision médicale sur le respect de la vie humaine ?.....	99
b. Les limites en droit allemand	102
2. L'absence de <i>droit à la mort</i>	103
a. Aux niveaux constitutionnels et législatifs.....	103
b. Au niveau européen.....	105
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	109
CHAPITRE 2. LA PROTECTION JURIDIQUE LACUNAIRE DE LA VIE ANTÉNATALE.....	111
SECTION 1. LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA VIE NUE <i>IN UTERO</i> : UNE PROTECTION VARIABLE	112
Sous-section 1. Le statut variable de la vie en droit civil	112
I. L'être humain et la personne juridique : des catégories distinctes en droit civil	112
A. L'affirmation d'un statut unique de la vie	113
1. Les ambivalences du droit positif civil.....	113
2. L'interprétation doctrinale de ces ambivalences	115
B. L'absence de statut unique de la vie	120
1. L'absence de statut uniforme de la vie affirmée par une partie de la doctrine	120
2. L'absence de statut uniforme de la vie en droit positif civil	121
a. Des critères stricts d'attribution de la personnalité juridique à l'être humain	121
aa. Le caractère non automatique de la qualification de l'être humain comme personne juridique.....	122
bb. La variabilité des critères de qualification de l'être humain comme personne juridique.....	123
b. Des critères stricts de disparition de la personnalité juridique.....	125
II. L'être humain et la personne juridique : des régimes de protection juridique différents.....	129
A. Une protection <i>a minima</i> pour l'être humain non qualifié de personne juridique	129
1. La reconnaissance prénatale	129
2. L'acte d'enfant sans vie.....	130
B. Une protection <i>a minima</i> limitée pour l'être humain non qualifié de personne juridique ...	132
1. La portée limitée de l'acte d'enfant sans vie	132
a. L'attribution limitée de l'acte d'enfant sans vie en France.....	133
b. Les conséquences limitées de l'acte d'enfant sans vie en Allemagne.....	136

2. Un acte avant tout justifié par l'accompagnement du travail de deuil des parents	137
Sous-section 2. Le statut variable de la vie nue en droit pénal	139
I. L'être humain et la personne humaine : des catégories distinctes en droit pénal	139
A. L'affirmation d'un statut unique de la vie	140
1. Avant la libéralisation de l'IVG.....	140
a. L'interdiction de l'avortement : une protection pour la vie.....	140
b. L'interdiction de l'avortement : preuve d'un statut unique de la vie ?	142
2. Après la libéralisation de l'IVG	144
a. Analyse du droit positif	144
aa. Le droit français	144
bb. Le droit allemand	146
b. Analyse du discours doctrinal	153
B. Indices de l'absence de statut unique de la vie en droit positif pénal	154
1. L'évolution des critères permettant la qualification de personne humaine : l'exemple de l'infanticide	155
a. L'infanticide, une pratique non saisie par le droit jusqu'au 16 ^{ème} siècle.....	155
b. L'infanticide, une pratique progressivement sanctionnée par le droit.....	156
2. La variabilité des critères permettant la qualification de personne humaine : la définition de la naissance	159
a. La détermination du seuil de la naissance.....	159
b. Les conséquences pénales : la qualification de l'atteinte à la vie avant la naissance	161
II. L'être humain et la personne humaine : des régimes de protection juridique différents	163
A. Avant la libéralisation de l'avortement	164
1. Avortement et homicide : deux pratiques sanctionnées différemment	164
2. Interruption médicale de grossesse et avortement : deux pratiques sanctionnées différemment.....	165
B. Après la libéralisation de l'avortement.....	167
1. Décisions procréatives et protection de la vie	168
a. La contraception.....	168
b. L'avortement	170
2. Atteintes involontaires des tiers et protection de la vie.....	172
SECTION 2. LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA VIE <i>IN VITRO</i> : UNE PROTECTION VARIABLE.....	177
Sous-section 1. La variabilité de la protection juridique de la vie dans le cadre de la médecine reproductive.....	177
I. La réaffirmation d'un principe de protection juridique continue de la vie nue	177
A. La consécration d'un principe général de protection de la vie <i>in vitro</i>	178

1. Affirmation législative.....	178
a. L'affirmation dans la loi d'un principe de protection de la vie <i>in vitro</i>	178
b. Le statut juridique de l'embryon <i>in vitro</i>	181
2. Affirmation constitutionnelle	182
a. L'absence de protection constitutionnelle de la vie <i>in vitro</i> en France.....	183
b. L'approche axiologique de la protection constitutionnelle de la vie <i>in vitro</i> en Allemagne	184
B. La consécration d'un principe de limitation des embryons surnuméraires.....	186
1. Une consécration <i>a maxima</i> en Allemagne.....	186
2. Une consécration <i>a minima</i> en France	188
II. Un régime juridique de protection discontinue de la vie <i>in vitro</i> dans en droit positif de l'AMP	189
A. Les lacunes de la protection de l'embryon <i>in vitro</i> en France	189
1. La destruction de l'embryon <i>in vitro</i> en l'absence de projet parental	190
2. La non-indemnisation jurisprudentielle de la destruction de l'embryon <i>in vitro</i>	192
B. Les lacunes de la protection de l'embryon <i>in vitro</i> en Allemagne.....	195
Sous-section 2. La variabilité de la protection juridique de la vie dans le cadre de la recherche médicale.....	199
I. La protection juridique de la vie <i>in vitro</i> dans les années 1990.....	199
A. La protection des embryons surnuméraires dans le domaine de la recherche médicale	200
1. L'interdiction de créer des embryons à des fins scientifiques	200
2. L'interdiction de la recherche sur les embryons surnuméraires	201
a. L'interdiction en France.....	201
a. L'interdiction en Allemagne	202
B. Une protection justifiée par le principe juridique de dignité humaine.....	203
II. L'affaiblissement de la protection juridique de la vie à partir des années 2000.....	205
A. Le droit des brevets comme vecteur d'une affirmation de principe de la protection de la vie <i>in vitro</i>	206
1. L'affaire <i>Brüstle</i> devant la Cour de Justice de l'Union européenne	206
2. L'affaire <i>Brüstle</i> devant la Cour fédérale de justice	209
B. Le droit de la recherche scientifique comme vecteur d'un affaiblissement de la protection de la vie <i>in vitro</i>	211
1. La libéralisation progressive de la recherche sur l'embryon en France.....	211
a. D'une autorisation dérogatoire à une autorisation de principe de la recherche sur l'embryon.....	211
b. La construction discursive d'une distinction entre cellules souches et embryons	215

2. La libéralisation croissante de l'importation de cellules souches en Allemagne	217
a. Le principe : la protection des cellules souches au nom du principe juridique de dignité	217
b. Une exception : l'importation de cellules souches depuis l'étranger.....	218
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	221
TITRE 2. LA PROTECTION JURIDIQUE DISCONTINUE DE LA VIE : JUSTIFICATIONS.....	223
CHAPITRE 1. DES ATTEINTES À LA VIE JUSTIFIÉES PAR RÉFÉRENCE AUX AVANCÉES D'UNE LIBERTÉ PROCRÉATIVE NÉGATIVE.....	225
SECTION 1. LA LIBERTÉ PROCRÉATIVE NÉGATIVE, PARADIGME APPARENT DE LA PROTECTION DISCONTINUE DE LA VIE.....	226
Sous-section 1. Les justifications rhétoriques fondées sur la liberté individuelle	226
I. La conquête de libertés procréatives négatives comme justification de certaines atteintes à la protection juridique de la vie.	226
A. Les justifications politiques fondées sur la liberté individuelle (années 1960-1970)	226
B. Les justifications politiques fondées sur la liberté individuelle (21 ^{ème} siècle).....	230
II. La réception doctrinale d'un registre de justification fondé sur la liberté individuelle.....	231
Sous-section 2. L'idée de liberté procréative dans le droit positif.....	234
I. La consécration de la notion d'autonomie personnelle	234
A. La consécration en droit européen	235
B. La consécration en droit constitutionnel.....	237
II. L'évolution libérale du droit positif de la contraception et de l'avortement.....	239
A. La libéralisation de la contraception	240
1. La libéralisation en France	240
2. La libéralisation en Allemagne.....	243
B. La libéralisation de l'avortement.....	246
1. La libéralisation en France	246
2. La libéralisation en Allemagne.....	249
a. Une libéralisation à concilier avec la protection constitutionnelle de la vie anténatale.....	250
b. Un aménagement législatif permettant la réalisation de choix procréatifs.....	254
SECTION 2. LA LIBERTÉ PROCRÉATIVE NÉGATIVE, LOGIQUE SEULEMENT INCIDENTE DE LA PROTECTION DISCONTINUE DE LA VIE.....	257
Sous-section 1. Analyse du droit positif : une autonomie procréative négative en trompe-l'œil	257
I. L'absence de consécration d'une autonomie procréative négative	258
A. L'absence de consécration en droit européen	258

B. L'absence de consécration en droit français et allemand	259
1. En droit français	260
2. En droit allemand.....	262
II. Autonomie procréative et responsabilité.....	265
A. Contraception et responsabilité.....	265
B. Avortement et responsabilité	269
Sous-section 2. L'autonomie procréative négative enserrée dans un cadre médical	273
I. La médicalisation, paradigme de la libéralisation de la contraception.....	274
A. En France.....	275
1. Discours sur la contraception et objectifs de santé publique	275
2. Droit positif de la contraception et cadre de santé publique.....	278
B. En Allemagne	281
II. La médicalisation, paradigme de la libéralisation de l'avortement.....	285
A. En France.....	285
1. L'objectif de santé publique dans les discours sur l'avortement.....	285
2. La santé publique et la construction du régime juridique de l'avortement en droit positif	287
B. En Allemagne	290
1. Les arguments sanitaires à l'appui de la tentative de libéralisation du régime juridique de l'avortement en 1974.....	291
2. La médicalisation de l'avortement au cœur de la libéralisation du régime juridique de l'avortement en 1995.....	292
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	296
CHAPITRE 2. DES ATTEINTES À LA VIE JUSTIFIÉES PAR RÉFÉRENCE AUX AVANCÉES D'UNE LIBERTÉ PROCRÉATIVE POSITIVE	299
SECTION 1. LA LIBERTÉ PROCRÉATIVE, PARADIGME APPARENT DE LA PROTECTION DISCONTINUE DE LA VIE	300
Sous-section 1. Les justifications rhétoriques fondées sur l'épanouissement personnel.....	300
I. La centralité de l'idée d'épanouissement personnel dans les débats parlementaires sur l'AMP	300
II. La réception doctrinale d'un registre de justification fondé sur l'épanouissement personnel.....	302
Sous-section 2. L'idée de liberté procréative dans le droit positif.....	304
I. Liberté procréative et droit au respect de la vie privée en droit européen	305
II. La libéralisation progressive du régime juridique de l'AMP	306
A. La libéralisation en France.....	307

1. La libéralisation législative de l'AMP.....	307
2. La libéralisation jurisprudentielle : l'exemple de l'AMP <i>post mortem</i>	311
B. La libéralisation en Allemagne	312
1. Les directives médicales	313
2. L'AMP portée par une rhétorique des droits fondamentaux	317
SECTION 2. LA LIBERTÉ PROCRÉATIVE, LOGIQUE SEULEMENT INCIDENTE DE LA PROTECTION DISCONTINUE DE LA VIE.....	319
Sous-section 1. Analyse du droit positif : une autonomie procréative positive en trompe-l'œil.	319
I. Une liberté procréative enserrée dans un cadre juridique contraignant	320
A. Une portée seulement relative de la jurisprudence européenne	320
B. Des cadres juridiques nationaux stricts.....	322
1. Le cadre français.....	322
2. Le cadre allemand.....	324
II. AMP et responsabilité	325
A. En France.....	326
B. En Allemagne	329
Sous-section 2. L'autonomie procréative positive enserrée dans un cadre médical.....	330
I. La médicalisation, paradigme central de la légalisation de l'AMP en France	330
A. La stérilité : une maladie	330
B. L'AMP : un soin.....	332
1. Le cadre de santé publique.....	332
a. L'objectif de santé publique de l'AMP dans les discours sur l'AMP.....	332
b. La santé publique et la construction juridique de l'AMP	334
2. Un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs	337
II. La médicalisation, paradigme central de la légalisation de l'AMP en Allemagne ?	342
A. L'absence d'ancrage de santé publique de l'AMP en Allemagne.....	342
1. Une appréhension moins collective de l'AMP.....	342
2. La qualification juridique débattue de la stérilité comme maladie	344
B. L'existence d'un cadre médical entourant l'AMP	348
1. Le rôle central du médecin.....	348
2. Un nouveau mode de gestion des comportements procréatifs en Allemagne	349
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	353
CONCLUSION DU TITRE 2	354
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	355

PARTIE 2. LA CONSTRUCTION JURIDIQUE DE LA VIE BONNE (<i>BIOs</i>)	357
TITRE 1. CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UN STANDARD DE <i>VIE BONNE</i> ET NORMES DE GENRE	359
CHAPITRE 1. LA NORMALISATION DE LA PARENTÉ EN DROIT DE LA PROCRÉATION NÉGATIVE	363
SECTION 1. LA NORMALISATION DE LA PARENTÉ À DES FINS QUANTITATIVES	364
Sous-section 1. La répression de la contraception et de l'avortement	364
I. La normalisation de la parenté à des fins quantitatives avant 1945	365
A. La répression de la contraception	365
B. La répression de l'avortement.....	369
II. La spécificité du cas allemand après 1945.....	374
Sous-section 2. La libéralisation de la contraception et de l'avortement	377
I. La normalisation de la parenté à des fins quantitatives en France.....	377
A. La mise en place d'incitations financières	378
B. Le maintien d'un lien entre IVG et natalité	380
II. La normalisation de la parenté à des fins quantitatives en Allemagne.....	381
A. Un cadre juridique <i>a priori</i> défavorable	382
1. Le principe de neutralité de l'État à l'égard des familles	382
2. La prise en charge des frais engendrés par la famille au seul titre de la <i>compensation</i>	384
B. Une normalisation néanmoins à l'œuvre.....	386
SECTION 2. LA NORMALISATION DE LA PARENTÉ À DES FINS QUALITATIVES	391
Sous-section 1. La répression de la contraception et de l'avortement	392
I. La répression de la contraception	392
A. La répression en France.....	393
B. La répression en Allemagne	395
1. La répression de 1900 à 1933	395
2. La répression de 1933 à 1973	398
a. L'interdiction de la contraception pour les femmes aryennes de 1933 à 1945	398
b. L'interdiction de la distribution des contraceptifs dans les lieux publics de 1945 à 1973	400
II. La répression de l'avortement.....	402
A. La répression en France.....	402
B. La répression en Allemagne	404
1. La finalité explicitement morale de la répression de l'avortement après 1945.....	405
2. Moralité et normalisation de la maternité	407
	841

Sous-section 2. La libéralisation de la contraception et de l'avortement	411
I. La normalisation de la maternité par la répartition inégalitaire des tâches parentales	412
A. Des politiques égalitaristes en faveur d'une répartition égalitaire des tâches parentales	412
B. La persistance en droit d'une inégalité des rôles parentaux.....	415
1. L'incitation au rôle maternel des femmes.....	416
2. Les écueils des politiques égalitaristes	421
II. La normalisation de la maternité par les réticences à l'admission du refus de la maternité ...	424
A. Les résistances à la consécration de l'accouchement sous X comme droit individuel.....	425
1. L'instauration de l'accouchement sous X à des fins historiquement sanitaires	426
2. Une logique remise en cause par le droit à la connaissance de ses origines	428
a. En France	429
b. En Allemagne.....	437
B. Les résistances à la consécration de l'IVG comme droit individuel	442
1. La médicalisation comme mode de contrôle des comportements procréatifs féminins .	443
a. Les conditions de l'IVG comme limites à la liberté procréative négative	443
b. Les effets de genre induits par la médicalisation.....	445
2. La non-indemnisation des échecs d'IVG	448
a. La difficile reconnaissance du préjudice d'être mère.....	448
aa. Le refus de reconnaissance du préjudice résultant de la naissance d'un enfant	449
bb. L'obligation d'information du médecin quant au risque d'échec des IVG	452
b. L'absence de reconnaissance du préjudice dans le cas de l'IVG en Allemagne	454
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	457
CHAPITRE 2. LA NORMALISATION DE LA PARENTÉ EN DROIT DE LA PROCRÉATION POSITIVE	458
SECTION 1. PROCRÉATION POSITIVE ET NORMALISATION DE L'INSTITUTION FAMILIALE	459
Sous-section 1. « Deux parents, pas un de plus... » : l'hétérosexualité comme condition d'accès à l'AMP	459
I. La normalisation de l'institution familiale en France	460
A. La normalisation de l'institution familiale par le modèle <i>pseudo-procréatif</i>	461
1. Modèle <i>pseudo-procréatif</i> et calque de la procréation charnelle.....	461
a. Le droit positif en vigueur	461
b. Vers une remise en cause ?.....	466
2. Modèle <i>pseudo-procréatif</i> et artifices	469
a. Projet parental, condition de vie commune : des conditions sociales.....	469
b. La stérilité : une condition sociale ?	472
	842

B. La normalisation de l'institution familiale par le modèle du <i>ni vu, ni connu</i>	476
1. Le modèle du <i>ni vu, ni connu</i> : l'invisibilisation du recours à AMP.....	476
a. La règle de l'anonymat : l'impossible lien entre le donneur et l'enfant.....	477
b. L'appariement, une pratique médicale encouragée par le droit	479
2. Les ambivalences du modèle du <i>ni vu, ni connu</i> : la généticisation de la famille	481
a. Les ambivalences de la règle de l'anonymat.....	481
b. La primauté de la FIV sur l'IAD	483
II. La normalisation de l'institution familiale en Allemagne	486
A. Les réticences vis-à-vis de l'IAD relayées par la construction juridique de l'AMP	487
1. Droit de la filiation et résistances à l'IAD	488
a. Avant la réforme de 2017 : la primauté de la paternité biologique sur la paternité sociale	488
aa. L'absence de principe d'anonymat en droit allemand	488
bb. L'action en reconnaissance de paternité vis-à-vis du donneur en Allemagne.....	489
b. Depuis 2017 : la primauté de la paternité sociale sur la paternité génétique ?.....	490
2. Droit de la sécurité sociale et résistances à l'IAD	492
B. La normalisation de l'institution familiale par les conditions d'accès à l'AMP.....	493
1. L'incitation au modèle de la famille traditionnelle par l'ancienne directive de 2006.....	494
2. La disparition de l'incitation dans la nouvelle directive de 2018 ?	495
Sous-section 2. « <i>Deux parents, pas un de moins...</i> » : le refus de l'AMP <i>post mortem</i>	496
I. Les statuts équivalents de l'insémination <i>post mortem</i> en France et en Allemagne.....	497
A. L'interdiction législative de l'insémination <i>post mortem</i>	497
B. L'interdiction de la restitution <i>post mortem</i> des gamètes de la personne décédée	499
1. Interdiction législative et assouplissement jurisprudentiel en France	500
2. Interdiction législative et jurisprudentielle en Allemagne.....	504
II. Les statuts opposés du transfert d'embryon <i>post mortem</i> en France et en Allemagne	505
A. L'interdiction du transfert d'embryon <i>post mortem</i> en France	505
B. L'autorisation du transfert d'embryon <i>post mortem</i> en Allemagne	507
SECTION 2. PROCRÉATION POSITIVE ET NORMALISATION DE LA MATERNITÉ.....	509
Sous-section 1. Les processus de normalisation de la maternité en matière d'AMP	509
I. La primauté accordée à la FIV sur l'IAD	510
A. Les risques liés à la pratique de la FIV	510
B. Des risques invisibilisés par le droit	511
1. Des risques légitimés par le droit	511
2. Des risques invisibilisés par le droit.....	513
	843

a. La notion de couple	513
b. Le poids égal accordé aux consentements	514
II. La normalisation de la maternité par le traitement unifié du don de gamète en droit français	517
Sous-section 2. Les processus de normalisation de la maternité en matière de GPA	520
I. La maternité, une réalité incontestable du fait de l'accouchement	520
A. La définition naturalisante de la maternité en droit positif	520
B. La naturalisation de la maternité par le législateur	522
1. Historiquement, les fondements non physiologiques de la maternité	522
2. Les fondements non physiologiques de la paternité	525
II. L'interdiction de la GPA au nom d'une remise en cause des fondements naturels de la maternité	528
A. L'interdiction de la GPA en droit français et allemand	529
1. L'interdiction en droit français	529
a. La jurisprudence	529
b. La loi	532
2. L'interdiction en droit allemand	534
a. La jurisprudence	535
b. La loi	536
B. Le contentieux de la retranscription des GPA légalement réalisées à l'étranger	540
1. Dans un premier temps : le refus jurisprudentiel de la reconnaissance des GPA réalisées à l'étranger	541
a. Le refus <i>a maxima</i> du juge français	541
aa. Le refus de reconnaissance de la filiation maternelle	541
bb. Le refus de reconnaissance de la filiation paternelle	542
b. Le refus <i>a minima</i> du juge allemand	545
2. Dans un second temps : l'assouplissement des décisions des juges français et allemands	548
a. La reconnaissance progressive des GPA réalisées à l'étranger par le juge	548
aa. La jurisprudence en France	548
bb. La jurisprudence en Allemagne	551
b. Une redéfinition en trompe-l'œil de la maternité	554
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	557
CONCLUSION DU TITRE 1	558

TITRE 2. CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UN STANDARD DE VIE BONNE ET NORMALITÉ PHYSIQUE ET MENTALE	559
CHAPITRE 1. LA NORMALISATION DE LA VIE À NAÎTRE PAR LA TRANSFORMATION DES PRODUITS DE LA PROCRÉATION	561
SECTION 1. L'INTERDICTION DE L'EUGÉNISME RADICAL OU DE LA NORMALISATION DIRECTE DE LA VIE	562
Sous-section 1. Une assimilation critiquable entre eugénisme et nazisme.....	562
I. L'eugénisme, une doctrine qui précède le nazisme	563
II. L'eugénisme, une doctrine qui succède au nazisme.....	567
A. Une mise œuvre différente de la doctrine radicale en France et en Allemagne	568
1. Une mise en œuvre <i>a minima</i> en droit français	568
2. Une mise en œuvre <i>a maxima</i> en droit allemand.....	569
B. L'eugénisme, une doctrine qui survit au nazisme	571
Sous-section 2. Une interdiction limitée au seul eugénisme radical.....	573
I. Une interdiction limitée en droit international.....	573
II. Une interdiction limitée en droit français et allemand	577
A. Une interdiction législative limitée	577
B. Une interdiction jurisprudentielle limitée.....	581
1. La jurisprudence française.....	581
2. La jurisprudence allemande	584
SECTION 2. L'AUTORISATION DE L'EUGÉNISME INDIVIDUEL OU DE LA NORMALISATION INDIRECTE DE LA VIE	586
Sous-section 1. L'encadrement juridique strict de la normalisation indirecte de la vie.....	587
I. Des pratiques de sélection soumises à un encadrement strict	587
A. L'encadrement strict du recours à l'IMG après un DPN positif.....	587
1. L'encadrement strict de l'IMG	587
a. En France	587
b. En Allemagne.....	589
2. L'encadrement strict du DPN	591
a. En France	591
b. En Allemagne.....	595
B. L'encadrement strict du DPI.....	597
1. En France	599
2. En Allemagne.....	605
II. Des pratiques de sélection soumises au libre choix des parents	608
	845

A. Le libre choix des parents en France	608
B. Le libre choix des parents en Allemagne.....	611
Sous-section 2. Des incitations juridiques à la normalisation indirecte de la vie	612
I. La médicalisation des dépistages prénatals	613
A. Des décisions d'IMG encadrées par le corps médical	613
1. En France	614
2. En Allemagne.....	619
B. Des décisions encouragées par des politiques de santé publique	622
1. Le cadre de santé publique.....	622
a. Les incitations financières au DPN	623
b. L'exemple de la trisomie 21	626
2. Les mécanismes de <i>responsabilisation</i>	631
a. Recourir au DPN : le comportement responsable à adopter en France	632
b. Un contexte social enclin à encourager la responsabilisation	633
II. La réparation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé	638
A. La limitation de l'action en réparation de l'enfant et des parents en France	639
1. L'arrêt <i>Perruche</i>	639
2. Les conséquences de l'arrêt <i>Perruche</i>	643
B. Une action en réparation des parents néanmoins à l'œuvre.....	646
1. L'action en réparation des parents admise dans le cadre de l'IMG	646
a. En France	647
b. En Allemagne.....	649
2. L'action en réparation des parents exclue dans le cadre de l'IVG	651
a. Le traitement juridiquement différencié de l'IMG et de l'IVG en droit.....	651
b. Les raisons du dispositif <i>anti-Perruche</i>	654
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	659
CHAPITRE 2. LA NORMALISATION DE LA PARENTÉ PAR LA TRANSFORMATION DES CORPS PROCRÉATEURS	661
SECTION 1. LA NORMALISATION DE LA PARENTÉ DES PERSONNES HANDICAPÉES MENTALES.....	663
Sous-section 1. Une stérilisation strictement encadrée et autorisée à des fins protectrices	664
I. Un encadrement apparemment strict en France	664
II. Un encadrement apparemment strict en Allemagne	667
Sous-section 2. Stérilisation et normalisation des corps procréateurs handicapés	669
I. Le faible encadrement juridique des procédures de stérilisation en France	670

A.	Un encadrement insuffisant en France	671
1.	Une élaboration lacunaire du texte	671
a.	Les conditions d'élaboration du texte	671
b.	L'absence de contrôle de constitutionnalité	672
2.	Un contenu lacunaire au soutien des processus de normalisation des corps procréateurs	675
B.	Un encadrement imprécis	680
1.	L'ambiguïté de la condition de contraception impossible	680
2.	L'ambiguïté des conditions relatives au recueil de la volonté	682
a.	En droit allemand	682
b.	En droit français	683
aa.	Le cas du majeur incapable en mesure d'exprimer sa volonté	684
bb.	Le cas du majeur incapable inapte à exprimer sa volonté	685
II.	Le potentiel eugénique de l'encadrement juridique de la stérilisation en France	688
A.	Une normalisation non finalisée par la seule protection des personnes handicapées	688
1.	La protection de la sexualité des personnes handicapées	689
2.	La protection des tiers	691
a.	La protection des proches de la personne handicapée	691
aa.	Les parents	691
bb.	L'enfant susceptible de naître	692
b.	La protection de la collectivité	694
B.	La stérilisation, un mécanisme isolé de protection de la parenté handicapée	696
SECTION 2.	LA NORMALISATION DE LA PARENTÉ DES PERSONNES TRANS	700
Sous-section 1.	L'autorisation de la stérilisation avant les années 2010	701
I.	La légalité de la stérilisation des personnes trans	701
A.	Le changement de sexe à l'état civil conditionné par la stérilisation	702
1.	Les strictes conditions du changement de sexe à l'état civil	702
2.	La stérilisation comme condition du changement de sexe à l'état civil	703
B.	Une stérilisation juridiquement conditionnée par un objectif thérapeutique	705
1.	L'article 16-3 du Code civil français	705
2.	Le §228 du Code pénal allemand	707
II.	Stérilisation et normalisation des corps procréateurs trans	709
A.	L'autorisation d'une stérilisation quasi-directe des personnes trans	710
1.	Une stérilisation non librement consentie par les personnes trans	710
2.	Une stérilisation interdite pour les personnes non trans avant 2001 en France	713

a. La stérilisation des personnes non trans hors d'atteinte de la volonté individuelle	713
b. Une appréhension différente de la notion de santé dans le cas de la stérilisation à des personnes trans et non trans	715
B. La normalisation de la parenté par la stérilisation	717
1. Médicalisation et normalisation des rôles sociaux de genre	717
2. Normalisation des rôles sociaux de genre et normalisation des corps procréateurs trans	720
Sous-section 2. L'interdiction de la stérilisation des personnes trans après 2010	723
I. La suppression de la condition de stérilisation quasi-directe	723
A. La suppression en France	724
1. L'influence de la jurisprudence européenne	725
2. La loi de 2016 sur la modernisation de la justice	727
B. La suppression en Allemagne	729
II. La persistance d'une normalisation de la parenté trans en droit de la procréation	733
A. Les obstacles dans le parcours d'AMP	735
1. L'impossible autoconservation des gamètes des personnes trans en France	736
a. L'absence d'indication médicale à l'autoconservation	736
b. L'impossible usage des gamètes conservés	738
2. Le difficile accès à l'IAD pour les personnes trans	740
B. Les obstacles à l'établissement d'un lien de parenté conforme au sexe revendiqué	742
1. La filiation des trans déjà parents avant leur conversion	743
2. La filiation des parents trans après leur changement de sexe	744
a. La filiation des parents trans après leur changement de sexe en Allemagne	745
b. La filiation des parents trans après leur changement de sexe en France	747
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	750
CONCLUSION DU TITRE 2	751
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	752
CONCLUSION GÉNÉRALE DE LA THÈSE	753
BIBLIOGRAPHIE	758
INDEX	830
TABLE DES MATIÈRES	830