

Publié le 27 Juin 2014

Sans y prendre garde

La CEDH désavoue la France sur la GPA... et confirme le lent mais sûr déclin du droit des enfants dans les sociétés occidentales



La France a été condamnée ce jeudi 26 juin par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pour son refus de reconnaître la filiation des enfants nés de mère porteuse à l'étranger (illustration)

La France a été condamnée ce jeudi 26 juin par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pour son refus de reconnaître la filiation des enfants nés de mère porteuse à l'étranger. Une décision qui révèle encore une fois l'extrême complexité d'un débat dont on ne retient pas toujours toutes les dimensions.



Avec [Michel Maffesoli](#)
[Voir la bio en entier](#)

Avec [Aude Mirkovic](#)
[Voir la bio en entier](#)

Atlantico : Au-delà du retour du débat sur la GPA avec la décision de la CEDH, peut-on dater le moment où, dans nos sociétés modernes, le tournant sur l'accès à l'enfant s'est effectué sans que l'on s'en rende compte ? Au niveau sociétal, quel est le premier signe marquant de ce passage du "droit de l'enfant" au "droit à l'enfant" ?

Aude Mirkovic : Jusqu'ici la Cour de cassation protégeait très bien les enfants contre le « droit à l'enfant ». Elle refusait les détournements d'institutions, ou de valider le recours à la GPA. Tant qu'on l'a laissée faire son travail, elle a plutôt bien sauvegardé les droits des enfants, à l'encontre du droit à l'enfant. C'est plutôt le législateur qui a porté des coups au droit de l'enfant.

Une mesure législative n'a pas été perçue comme un tournant sur le moment, et pourtant c'en est un : la loi de 1994 qui organise le recours au don de gamètes. **A partir du moment où on a délibérément accepté de priver un enfant du fondement biologique de sa filiation pour réaliser le désir d'enfant d'autrui, on a de façon inconsciente mis le doigt dans l'engrenage.** D'ailleurs les partisans de la PMA pour les couples de femmes ne se privent pas de faire remarquer cette incohérence : puisque le don de gamètes est autorisé pour les couples hommes-femmes, c'est bien la preuve, disent-ils, que la filiation biologique n'est pas importante. Pourquoi alors ne pas autoriser le recours aux gamètes y compris pour les couples de femmes ? C'est pourquoi je pense qu'avec la revendication des couples de même sexe, l'injustice du don de gamètes commence à se révéler alors qu'on n'en avait pas pris conscience jusqu'ici.

Michel Maffesoli : Reconnaître la filiation d'un enfant, ce n'est pas certifier un processus de production, mais prendre acte de ce que cet enfant vit avec des adultes qui se considèrent comme ses parents et reconnaissent une responsabilité à son égard. D'une certaine manière, la décision de la CEDH, que j'évalue sociologiquement et non pas juridiquement, fait écho à ce que disait le sociologue Emile Durkheim de "la loi suit les mœurs". **Au fond, dit la CEDH, ne cherchons pas à éclaircir le mystère de la vie, l'expérience de la vie, mais prenons acte de la vie qui est là.** Elle ne discute pas forcément sur la légalité du contrat passé entre une mère porteuse et les futurs parents, elle dit qu'en la situation actuelle, les parents sont ceux qui se disent parents.

Dès lors, je ne pense pas qu'il soit judicieux de se focaliser sur cette distinction droit de l'enfant, droit à l'enfant. Je dirais que pour ma part je trouve aussi abstrait et peu pertinent de parler, de nos jours de droits de l'enfant que de droit à l'enfant. D'une part parce que l'expérience vitale, celle du vivre de l'enfant, du vivre avec l'enfant, du vivre la naissance de l'enfant ne peut se réduire à un droit. D'autre part, mais j'y reviendrai, parce que cette conception du droit de l'enfant ressortit du principe d'individualisme et de liberté qui a marqué la modernité et qui n'est plus opérant de nos jours.

Je n'opposerai donc pas droit de l'enfant et droit à l'enfant, tous les deux ne rendent pas compte de l'essentiel, le vivre ensemble avec l'enfant, l'accompagnement de l'enfant, l'initiation de l'enfant sur le chemin de la vie.

A partir de quand cette évolution sociétale s'est-elle traduite par des décisions de justice et des lois ? Dans quels pays cela a-t-il commencé ?

Aude Mirkovic : En termes de protection de l'enfant, certains pays sont très en retard sur la France. La Belgique et l'Espagne, par exemple, ont autorisé l'insémination artificielle pour à peu près n'importe quelle femme qui le désire. On sait que la Grande-Bretagne possède l'un des systèmes les moins régulés en la matière, et que la Belgique a récemment adopté la "présomption de paternité" au profit de la conjointe de la mère s'il est avéré qu'elle n'a pas poursuivi par ailleurs d'autres projets parentaux. En creux, cela évoque une hyper-dominance du désir, avec des enfants qui se retrouvent soumis aux aléas du bon vouloir des parents, que ce soit dans le sens d'un "super désir" (trois parents) ou d'une absence totale de ce même désir, qui suscite une déresponsabilisation.

Par ailleurs, plusieurs pays anglo-saxons (dont l'Australie, NDLR), reconnaissent l'état de "tri-parentalité" dès lors qu'ils ont consacré la parenté sociale fondée sur l'intention. Ils sont ensuite obligés d'en tirer les conséquences logiques, à savoir que s'il y a plus de deux personnes investies dans le projet d'enfant, il n'y a plus aucune raison d'exclure un tiers au nom d'un argument "biologique". C'est là l'une des externalités du fait de ne plus vouloir définir la filiation en fonction du lien biologique de l'enfant aux parents.

Michel Maffesoli : Encore un fois, je ne suis pas juriste, ni historien et ne pourrai donc pas vous répondre sur ce point de jurisprudence. Je veux cependant vous renvoyer à une vision plus globale de la société et des changements de paradigme qui ponctuent son évolution. Au Moyen-Age et pendant l'époque de l'Ancien régime, on ne parle bien évidemment pas de "droit de l'enfant" ni d'ailleurs de droit à l'enfant, même si toutes les sociétés ont connu l'adoption par exemple, les beaux-parents, voire les "mères porteuses". (Dieu dit à Abraham de faire un enfant avec sa servante, ce sera Ismaël, avant que Sarah ne puisse enfanter, bien après l'âge naturel).

L'époque moderne, celle qui commence au 18ème siècle est celle de la naissance de l'individualisme : les droits et libertés sont individuelles et l'individu est désaffilié de sa communauté d'origine. Tous les individus sont égaux à la naissance. Les droits de l'enfant sont donc la traduction concrète de l'individualisme et de la reconnaissance de l'enfant comme sujet, en dehors de sa famille. Ce sont des droits "anti-familiaux" en quelque sorte, qui traduisent la protection par l'Etat de l'enfant contre sa famille en cas d'atteinte à sa liberté, sa dignité, son intégrité.

Droit de l'enfant, droit à l'enfant témoignent tous deux d'une vision moderne de l'enfance, un enfant autonome, un enfant choisi, un enfant voulu et même programmé. Un enfant qui dès sa naissance a des droits.

Qu'en est-il en France ? Par quelles étapes le droit des enfants s'est-il vu progressivement subordonner à la volonté des adultes souhaitant devenir parents ?

Aude Mirkovic : Outre la loi de 1994, le législateur a cherché à de nombreuses reprises à faire de l'autorité parentale quelque chose de disponible entre adultes, parents et non parents. Et la loi Taubira, bien sûr bien sûr, a consacré le droit à l'enfant en permettant à deux personnes de même sexe d'adopter un enfant. L'adoption, qui normalement est au service de l'enfant, pour réparer la perte de ses parents, a vu sa mission première être mise de côté, et elle sert maintenant à satisfaire des gens qui ont un désir d'enfant, même s'ils ne sont objectivement pas en mesure de remplacer les parents d'origine. Deux hommes ne peuvent pas remplacer un père et une mère et ce n'est pas non plus le cas lorsqu'il s'agit de deux femmes. Nous avons donc effectivement eu après le don de gamètes la loi Taubira qui a fait de l'adoption un moyen de fournir des enfants à ceux qui en souhaitent et non plus un moyen de rendre une famille à un enfant qui n'en a pas.

La question revient régulièrement, nous verrons ce qu'il ressort des discussions qui se tiennent ces jours-ci à l'Assemblée. Mais pour l'instant le partage de l'autorité parentale reste exceptionnel, il doit être autorisé par un juge, et dans l'intérêt de l'enfant. Mis à part le don de gamètes, le droit français protège plutôt bien les enfants contre les désirs excessifs dont ils sont l'objet.

Michel Maffesoli : Je pense, mais peut-être est-ce juridiquement faux, qu'il faut dissocier l'enfant de son mode de procréation. Parlons d'abord de la procréation. Notre société contemporaine aboutit à une sorte de naturalisation de la technique, elle intègre la technique non pas comme extérieure à l'humain, comme anti-naturelle, mais comme étant partie prenante du cosmos.

Dès lors, la différence entre une procréation dite naturelle (il suffit que l'homme et la femme couchent ensemble) une procréation dite "médicalement assistée" et une procréation par autrui n'a pas d'incidence sur l'essentiel de l'enfantement, qui est de l'ordre de la passion, de l'émotion.

Plus encore, l'essentiel de la procréation pour l'enfant est le récit familial qui rend compte de celle-ci. Et dans ce récit la vérité n'est pas directement superposable à l'objectivité. Le réel est une réalité augmentée du rêve, de la poésie, du roman, de l'irréel et il est ainsi bien plus riche que la réalité, réduite à son principe. **Cette histoire de l'enfant est d'ailleurs une histoire fluctuante, une histoire qui a un intérêt d'à présent et non pas une histoire tristement objectiviste.**

La vérité de la procréation c'est notamment la passion parentale qui aboutit à désigner cet enfant ci, quel que soit son mode de procréation comme notre enfant. Faire un enfant, c'est créer une communauté de vie, au moins de trois personnes et bien plus souvent, ce n'est pas mettre au monde un individu désaffilié et voué à la liberté solitaire de ses droits

A poursuivre cette logique de satisfaction des besoins parentaux, sans se positionner au premier chef du point de vue de l'enfant, à quel type de société parvient-on ?

Aude Mirkovic : Nous parviendrons à une société où le désir de l'enfant prime sur son intérêt. Les enfants dont la

situation est problématique ont toujours existé et existeront toujours, mais le problème est ici que l'on demande à la loi d'organiser, de structurer, des ruptures dans la filiation. Le fait que des enfants soient effectivement malheureux ne justifie pas selon moi de provoquer d'autres malheurs par la suite, quand bien même ce ne serait pas l'intention du législateur. La conséquence est de voir qu'un enfant n'a plus seulement à subir les revers de fortune que génèrent le hasard de la vie, mais qu'ils seront délibérément privés par la décision d'un de leurs parents, voire possiblement un jour des deux, afin d'être disponibles pour des personnes poursuivant un désir de parentalité.

On peut dire que la Cour de Cassation a été saisie dans l'affaire d'adoption d'enfants né d'une PMA réalisée à l'étranger et qu'elle devrait très logiquement conclure en automne à l'impossibilité d'une telle procédure, puisqu'il s'agit au niveau légal d'avantage d'un détournement d'adoption qu'une adoption en tant que tel. A partir du moment où l'on provoque la séparation d'un enfant et de son/ses parents, il est en effet difficile d'affirmer que l'on permet d'offrir en soi un cadre familial à un enfant qui en aurait été dépossédé. La CEDH est de fait sortie de son domaine en décidant de promouvoir un droit "à l'enfant", oubliant par là que le droit "de l'enfant" est un droit prévu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. En creux, les revendications des couples de même sexe a révélé le problème qu'il y a à accepter le don de gamètes tout court.

Michel Maffesoli : Se positionner au premier chef du point de vue des parents ou du point de vue de l'enfant a des effets délétères dans les deux cas. Il n'y a pas un intérêt de l'enfant qui s'exercerait au détriment de ceux des parents et vice et versa, mais un intérêt commun.

Le désir d'enfant relève de mon point de vue de ce désir de faire communauté et il n'est en rien égoïste, parce qu'il est par définition altruiste. Parents et enfants ne vivent pas dans un système de droits créances les uns envers les autres, mais dans une dépendance née de l'amour réciproque. Aimer, c'est abdiquer sa liberté individuelle.

D'autre part, il me semble qu'il y a dans le fait de considérer l'enfant né d'une gestation par autrui (du point de vue des parents) comme "marchandisant l'enfant" un contresens sociologique fort : l'échange d'un service (je te fais l'enfant que tu ne peux pas enfanter "naturellement") contre de l'argent marchandise la prestation, mais sûrement pas ni la mère porteuse et encore moins l'enfant ainsi enfanté. Dans le cadre de cet échange, l'argent traduit le contre-don au don d'enfant, qui sinon s'exprimerait de toute façon autrement.

Certaines techniques peuvent avoir des effets sur la psychè de l'enfant. Ainsi il n'est pas sûr que dans la GPA il ne puisse pas y avoir au moment de la naissance un sentiment fort d'abandon par sa mère porteuse pour l'enfant. Comme il devait exister dans les nombreux abandons qui fournissaient les enfants adoptables au siècle dernier. L'enfant noue un lien avec sa mère porteuse et il importe peut-être de se demander comment poursuivre ou dénouer ce lien le plus doucement possible. En revanche penser que l'introduction de nouvelles technologies va influencer les grands invariants que sont le désir d'enfant, l'instinct nourricier, le besoin de vivre ensemble dans une petite communauté aux échanges très intenses et très chauds relève d'une conception scientifique du monde. Les enfants, quels que seront les formes et les techniques de procréation utilisées pour les faire naître, représentent la construction, par chaque communauté de vie, de son présent éternel.