



HAL
open science

Vers une maternité présomptive ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Vers une maternité présomptive ?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2020, 01, pp.235. halshs-02544772

HAL Id: halshs-02544772

<https://shs.hal.science/halshs-02544772v1>

Submitted on 27 Jun 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.

Vers une maternité présomptive ?

P. Hilt, *Repenser la maternité*, D. 2019. 2190

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Patrice Hilt pointe un problème inhérent à la pratique de la fécondation *in vitro* et de la gestation pour autrui : la mère qui accouche n'est plus forcément celle qui transmet ses gènes. Peut-on encore conserver la règle *mater semper certa est* qui se fonde précisément sur l'accouchement ? Ne faut-il pas repenser la maternité ?

Toute la thèse de l'auteur est que la règle ne devrait plus être une règle de fond (l'accouchement fait la mère) mais une règle de preuve (l'accouchement fait *présumer* la mère). L'utilité d'un accouchement vu comme présomption simple serait de respecter la distinction qui existe désormais entre la maternité physiologique (l'accouchement) et la maternité biologique (les gènes). La maternité serait donc avant tout celle de « la réalité des gènes » (p. 2191), ce qui est conforme à son mode d'établissement par test génétique et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit de connaître ses origines tout comme au mode d'établissement de la paternité. La présomption de maternité liée à l'accouchement éviterait en pratique de devoir réaliser un test génétique à chaque accouchement (p. 2193) car le fait de l'accouchement est une preuve aisée à rapporter, notamment en raison de ses témoins. À terme, « la primauté de la vérité biologique en toute hypothèse » (p. 2195) est un argument en faveur de la gestation pour autrui en dépit de la volonté de maintenir une prohibition.

La contribution de Patrice Hilt va, à notre sens, bien au-delà d'une simple question technique. Comme le titre de sa contribution l'indique, il s'agit bien de repenser la maternité. Le paradoxe de la prise en compte de la distinction entre gestation (accouchement) et conception (gènes) est qu'il valide aussi la possibilité de renverser la présomption par la prise en compte de la volonté et contribue indirectement au débat sur l'homoparentalité. En effet, seule la volonté permettra de fonder une homoparentalité conçue comme l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux parents de même sexe. En faisant de l'accouchement une présomption simple, on accrédite l'idée que la maternité n'en dépend point. En vertu de l'égalité des couples, pourquoi donc la maternité serait-elle établie dans les couples hétérosexuels par les gènes et dans les couples homosexuels par la volonté ? Affirmer cette distinction est tout simplement affirmer que la filiation dans chacun des couples est fondée sur la différence des sexes, ce que l'extension du mariage aux personnes de même sexe vient contredire.

Or il est évident que les couples homosexuels doivent recourir à la gestation pour autrui pour avoir un enfant ; pour les hommes elle est même incontournable. Au point d'affirmation de l'égalité où en est notre droit, on ne comprendrait pas que les couples de femmes soient traités différemment des couples d'hommes, à moins (une fois encore) de se fonder sur une différence des sexes que la loi de 2013 a justement voulu rendre indifférente dans la définition du couple ! (F. Rouvière, *Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique*, *Gaz. Pal.* 7 mars 2013. 5-9, § 4). La présomption de maternité validerait techniquement ce type de raisonnement. Mais est-ce bien là l'objectif ?

Ainsi, la réflexion de Patrice Hilt appelle une question plus profonde encore : le droit doit-il évoluer seulement en rationalisant toujours plus ses concepts par une mise en cohérence systématique avec l'existant ? Cette vision strictement technique, certainement exacte du point de vue de la stratégie argumentative devant le juge, l'est beaucoup moins pour la philosophie de la législation civile qui se fonde évidemment sur des valeurs. Le droit civil de la filiation ne se contente pas d'attribuer des droits, il met en forme des choix de valeurs, définit les symboles profonds dans lesquels la société se contemple et fixe en même temps le projet auquel elle adhère. La législation répond indirectement à des questions comme « qu'est-ce qu'être parent ? » ou « qu'est-ce qu'être mère ou père ? ». Autrement dit, si le droit contient en lui-même le ferment de sa propre évolution technique, il est plus contestable que celle-ci

oblitère les choix fondamentaux et philosophiques. On retrouve ici l'éternel dilemme entre science et conscience, entre technique et éthique. Ce n'est pas parce que tout est possible que tout est légitime. En réalité, il revient bien à la loi de dire où se situe la frontière à moins de concevoir le droit comme une simple chambre d'enregistrement des faits sociaux, ce qui serait d'ailleurs impossible en droit pénal puisque la commission d'infractions ne prouve certainement pas la nécessité de supprimer les qualifications correspondantes !

Derrière toute réforme, il y a la loi et derrière toute loi, il existe une vraie philosophie de la législation civile. Il est vrai que l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme est si grande aujourd'hui dans cette matière qu'on peut légitimement se demander qui tient réellement la plume. Bref, repenser la maternité suppose en définitive sans doute aussi de repenser le rôle et la place de la loi dans la démocratie contemporaine. Ce n'est pas une mince affaire.