

## **Philosophie analytique et droits : le droit à l'enfant est-il une licorne ?**

Anna C. Zielinska\*  
(Université de Grenoble 2)

### **Introduction<sup>1</sup>**

Les nouvelles pratiques médicales ont ouvert un champ particulièrement intéressant dans les discussions sur les droits. Ainsi la notion de « droits de l'embryon » a attiré l'attention du grand public, mais aussi des philosophes et des théologiens, dans le contexte des discussions autour de l'avortement et de la recherche sur les embryons<sup>2</sup>. À partir de 1978 (la naissance du premier enfant conçu *in vitro* au Royaume-Uni) et dans les années 1980 (autour des travaux du Comité Warnock<sup>3</sup>), une autre figure est apparue dans le discours sur la reproduction, celle du « droit à l'enfant ».

La notion ne fait pas partie du corpus juridique et semble bien plus équivoque du point de vue de sa formulation même : s'agit-il d'un droit-créance (qui crée une obligation de la part de l'État à l'égard du citoyen) ou d'un droit-liberté (droit des personnes, qui ouvre la possibilité de certaines actions, mais ne garantit rien) ? Il y a certes un sens où « avoir le droit à l'enfant » veut dire : « j'ai le droit de disposer de mon corps et si je veux un enfant, personne ne peut s'y opposer ». C'est un droit-liberté, qui paraît aujourd'hui trivial mais qui l'était moins à l'époque où certaines catégories de personnes étaient stérilisées. Cependant ici, il s'agirait apparemment de quelque chose de plus que la non intervention de l'État dans le processus reproductif. Il faut penser en effet à l'idée selon laquelle l'enfant devrait être

---

\* [a.c.zielinska@gmail.com](mailto:a.c.zielinska@gmail.com)

<sup>1</sup> Mes remerciements vont aux relecteurs anonymes de cet article, ainsi qu'à Philippe Descamps, Patrick Ducray, Jean-François Laigneau et Isabelle Pariente-Butterlin pour leurs conseils précieux. De façon plus indirecte mais tout aussi réelle, je dois beaucoup ici à Mathilde Cohen et à Pierre-Yves Quiviger.

<sup>2</sup> Cette question a été examinée très tôt dans un texte clair d'Anne Fagot-Largeault et de Geneviève Delaisi de Parseval, « Les droits de l'embryon (fœtus) humain, et la notion de personne humaine potentielle », in *Revue de Métaphysique et de Morale* 3, 1987.

<sup>3</sup> Dirigé par Mary Warnock, le Comité a été fondé en 1982 pour mener une réflexion autour des questions juridiques et morales relatives aux nouvelles techniques de reproduction et de recherche biomédicale. Ses travaux se sont soldés par le Warnock Report publié en 1984. Ses conclusions sous-tendent la législation britannique jusqu'à aujourd'hui.

garanti par l'État à ceux qui ne parviennent pas à en avoir un « naturellement », donc à un droit-créance, une invention juridique bien plus contemporaine que le droit-liberté, qui semble avoir été inauguré dans la période de la Révolution française<sup>4</sup>. Dans ce contexte, tout comme on peut exiger de l'État qu'il assure l'éducation de jeunes citoyens, l'État devrait pouvoir assurer l'accès de tous et de toutes à l'enfant.

Toutefois, est-il seulement possible d'envisager l'existence d'un tel droit ? Comment pourrait-on l'appliquer, quelles seraient les pratiques qui devraient s'ensuivre ? Il est clair que les idées esquissées ici font état de l'existence de quelque chose de plus que d'un simple droit-liberté à l'enfant, mais la présentation des choses en termes de droit-créance n'est pas non plus satisfaisante<sup>5</sup>. Les analyses juridiques contemporaines font d'ailleurs état de l'inflation de la notion de « droit à », qui va parfois jusqu'à provoquer son inutilité<sup>6</sup>. Cette distinction permet de voir la tension propre à la réflexion sur la procréation médicalement assistée, mais ne permet pas d'aller plus loin dans la compréhension de ses enjeux philosophiques, juridiques et sociaux. Nous allons prendre au sérieux la réflexion en termes de « droits » dans le contexte reproductif et nous le ferons en trois étapes. Premièrement, nous verrons comment se présentent effectivement les questions que nous avons évoquées dans l'introduction : qu'est-ce que l'État propose effectivement aux personnes en mal d'enfant, et quel est le contexte philosophique de ces propositions ? Ici, nous passerons aussi en revue les usages publics de la notion de « droit à l'enfant ». Par la suite, nous rappellerons la teneur du débat sur le statut des droits entre J. Bentham et J. S. Mill, débat fondateur pour toute discussion à ce propos. Enfin, nous reviendrons aux difficultés majeures qui sous-tendent les pratiques existantes et tenterons de les inscrire dans un débat philosophique plus large, celui qui oppose deux théories fondamentales des droits dans la philosophie analytique : la théorie de l'intérêt et la théorie du choix (de la volonté). Nous soutiendrons en conclusion que la théorie de l'intérêt aide à redéfinir les cadres du débat autour du « droit à l'enfant », et qu'elle indique une piste à l'échelle sociale pour repenser le rapport aux enfants.

---

<sup>4</sup> Cf. F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, pp. 169-186, p. 173.

<sup>5</sup> Il semble que cette distinction soit de moins en moins pertinente pour les juristes contemporains, comme en témoignent les écrits récents de Laurence Gay et de Cécile Rapoport,

<sup>6</sup> Pour approfondir cette question, cf. le livre de Marc Pichard, *Le droit à. Étude de législation française* (Economica, 2006), et l'article d'E. Jaulneau, « La force normative des "droits à..." : le prisme du droit au logement opposable » (in *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, pp. 211-221).

## I. Des usages de la notion

À quoi concrètement engagerait le « droit à l'enfant » ? L'analyse des possibilités effectives de sa mise en œuvre est en réalité unanimement pessimiste. Car il semble que l'on ne puisse pas parler d'un droit à l'enfant *stricto sensu*, car tout ce qui peut être observé dans ce contexte est un « droit négatif », qui se résume à un devoir de ne pas empêcher ceux qui *peuvent* avoir un enfant d'en avoir, comme le note Sheila McLean<sup>7</sup>. Toutefois, cette idée ne précise pas où passe la limite de la « possibilité » d'avoir un enfant.

Deryck Beyleveld et Rodger Brownsword soulignent que ce n'est pas *avoir* un enfant qui peut être considéré comme un droit (cas où quelqu'un serait susceptible d'engager une procédure juridique pour obtenir un enfant), mais plutôt l'accès à certaines techniques reproductives. Cela résulte du fait que d'un côté la présence de l'enfant ne pourrait être garantie pour des raisons des contingences biologiques, et de l'autre que les droits des autres pourraient en être atteints<sup>8</sup>. « En conséquence, quand nous parlons d'un droit générique d'avoir un enfant, nous nous référons uniquement au droit d'entreprendre des démarches pour avoir un enfant qui n'interfèrent pas avec des droits génériques des autres »<sup>9</sup>. Le « droit à l'enfant » se résume alors à un simple droit d'accès aux procédures de soin et de procréation, et ne peut pas résulter en une obligation au sens du droit-créance évoqué plus haut. Notons en passant que « le droit de procréer », cité parmi les droits fondamentaux dans le contexte anglophone, peut être également considéré comme limité. Avant même de s'interroger sur les grossesses apparaissant suite à l'intervention d'un tiers, la question du

---

<sup>7</sup> S. McLean, « A Moral Right to Procreation? Assisted Procreation and Persons at Risk of Hereditary Genetic Disease », in H. Haker & D. Beyleveld (eds), *The Ethics of Genetics in Human Procreation*, London, Ashgate, 2000, pp. 13-27. Cf. aussi D. Beyleveld et R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 230.

<sup>8</sup> Les « droits des autres » cités par les deux auteurs pourraient être ceux de l'enfant à naître (son droit à ne pas être instrumentalisé, à connaître ses origines, etc.), mais aussi, sinon surtout, ceux des tierces personnes qui sont engagées dans le processus procréatif, comme les mères-porteuses, donneuses d'ovocytes, donneurs de sperme.

<sup>9</sup> Beyleveld et Brownsword, *op. cit.*, p. 231 ; les auteurs se fondent ici sur le « principe de cohérence générique » d'Alan Gewirth, qui déclare : « Agis conformément aux droits génériques des destinataires de tes actions et conformément à tes droits génériques » (« Act in accord with the generic rights of your recipients as well as of yourself », A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago, University of Chicago Press, 1981, p. 135.) Les droits génériques doivent être compris ici comme étant des conditions *sine qua non* de l'action (caractérisant le comportement, selon la formulation de Gewirth), *i. e.* la liberté et le bien être (cf. Alan Gewirth, *The Community of Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, p. 18). Il n'est pas ailleurs pas clair quelle est la conception des droits adoptée ici par Beyleveld et Brownsword, et il ne s'agit pas de les suivre sur tous les points. Ce qui importe dans notre contexte est l'incapacité.

nombre d'enfants naturels peut se poser : « Dire que nous avons droit à  $x$ , ne signifie pas nécessairement que nous avons le droit à  $x$  tant que nous voulons »<sup>10</sup>.

À la lumière de ce qui vient d'être dit, les choses semblent claires. Le droit à l'enfant ne peut exister ni physiquement (l'enfant ne peut pas être garanti), ni juridiquement (car il mettrait en conflit indépassable les droits génériques des sujets du droit). Cette notion est cependant récurrente dans le discours public, et cela nous invite à la prendre au sérieux dans ce qu'elle sous-tend, pour comprendre sa force, tant de répulsion que d'attraction.

Après la Seconde Guerre mondiale, on a choisi en France de reconnaître la primauté de la filiation biologique entre parents et enfants<sup>11</sup>. Ce choix avait tout son sens dans le contexte de la difficulté dans laquelle se trouvaient les enfants non légitimes, et c'est à eux qu'elle bénéficiait. Certes, la loi peut paraître aujourd'hui obsolète au moment où plus de la moitié des enfants naît hors mariage<sup>12</sup>; nombreuses sont toutefois les difficultés qui s'ensuivent de cette prise de position. Toute irrégularité dans la chaîne de la procréation crée des malaises juridiques et personnels profonds, à tel point qu'on essaie de la nier dans la mesure du possible. Cela se fait en premier lieu à travers l'idée aujourd'hui inébranlable de l'anonymat du don des gamètes, qui fait disparaître toute intervention d'un tiers dans l'acte de naissance, comme si sa présence (biologique donc forte) était susceptible d'écraser ce qui est vécu par la famille où l'enfant naît et grandit<sup>13</sup>. Toute l'industrie de la procréation médicalement assistée (en passant par le don de sperme, le don d'ovocytes, les mères porteuses qui gardent une partie ou l'ensemble du matériel biologique des parents « finaux », etc.) semble guidée par l'idée de l'importance cruciale de la continuité génétique (ou l'illusion crédible de celle-ci) entre parents et enfants.

---

<sup>10</sup> S. Conly, « The Right to Procreation : Merits and Limits », *American Philosophical Quarterly*, 42, 2005, pp. 105-115, p. 105.

<sup>11</sup> Ce constat (dont les causes sont par ailleurs bien plus complexes que celles que nous suggérons ici) ne cesse d'être d'actualité. René Frydman, l'acteur principal des révolutions relatives au rapport à la procréation en France, s'inquiète également de ce phénomène : « Nous sommes face à la survalorisation du patrimoine génétique, comme si ce dernier définissait à lui seul l'individu. En ce sens, la parenté sociale est dévalorisée » (R. Frydman, *Convictions*, Paris, Bayard, 2011, p. 106).

<sup>12</sup> Remarquons que la distinction entre les naissances « légitimes » et « naturelles » n'a disparu de la législation française qu'en 2006 ; cf. « Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JORF* 156 du 6 juillet 2005, page 11155, texte n° 18.

<sup>13</sup> Cette question est traitée en détail notamment par G. Delaisi de Parseval, dans son ouvrage *Famille à tout prix*, Paris, Seuil, 2008.

Cet état de choses résulte moins des positions individuelles que de la façon dont l'État s'occupe de ces questions. Il faut penser ici d'un côté à la facilité avec laquelle on peut accéder aux services de la médecine procréative, pris en charge jusqu'à une certaine étape par la Sécurité sociale, et de l'autre à la difficulté administrative dans laquelle se trouvent les personnes souhaitant adopter et aux coûts financiers qu'ils doivent assumer pour y parvenir. La politique de santé donne l'impression qu'avoir un enfant biologique, ou du moins faire tout pour pouvoir en avoir, est un droit. L'État français semble en effet reconnaître d'une certaine manière le « droit à l'enfant », au sens faible que nous avons cité plus haut, c'est-à-dire au sens du droit d'accès aux pratiques procréatives, mais il s'agit dans ce contexte uniquement de l'enfant *biologique*.

Il reste que, lorsque la notion de « droit à l'enfant » est effectivement évoquée, elle l'est avant tout pour être dénoncée, comme une éventuelle menace, et elle n'est que très rarement revendiquée<sup>14</sup>. Elle apparaît dans le contexte de la procréation médicalement assistée, évidemment, mais aussi dans celui de la réflexion sur l'adoption. Ainsi par exemple, l'adoption internationale devrait viser à « permettre à un enfant de trouver une mère et un père dans le respect de ses droits, et non à des parents étrangers de satisfaire à tout prix un désir d'enfant ; il ne saurait y avoir un droit à l'enfant »<sup>15</sup>. Toutefois, c'est autour de la question des naissances à venir que le droit à l'enfant apparaît le plus souvent.

La ministre de la santé, Roselyne Bachelot, l'a signalé elle-même lors d'une interview en 2009 : elle a d'abord critiqué la notion de droit à l'enfant (car l'enfant s'y trouve instrumentalisé), pour ensuite reconnaître que le législateur peut sembler aller dans le sens d'une instauration d'un tel droit<sup>16</sup>. Françoise Héritier a récemment dénoncé la notion analysée ici en

---

<sup>14</sup> Jean Charest, le premier ministre du Québec, semble constituer ici une exception remarquable, ayant dit que « l'enfant est un droit » (cité par A. Roy, « Le "droit à l'enfant" menace les droits de l'enfant », le 21 novembre 2008, <http://www.ledevoir.com/non-classe/217534/le-droit-a-l-enfant-menace-les-droits-de-l-enfant>).

<sup>15</sup> Recommandation 1443 (2000) 1, in *Réalisations du Conseil de l'Europe dans le domaine juridique. Droit de la famille et la protection des enfants*, CJ-FA (2008) 2, Strasbourg, 2008, p. 88. Le refus explicite de « droit à l'enfant » a été d'ailleurs réitéré plusieurs fois lors de la Conférence conjointe du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne intitulée *Les enjeux dans les procédures d'adoption en Europe : Garantir l'intérêt supérieur de l'enfant* (30 novembre – 1er décembre 2009 à Strasbourg).

<sup>16</sup> « Le "droit à l'enfant" est un terme qui me choque profondément. Cela n'existe pas. Il n'existe qu'un droit de l'enfant. Le "désir d'enfant", en revanche, me paraît légitime, on peut le comprendre, quelle que soit la situation des personnes qui l'expriment. Maintenant, est-ce à la société d'y répondre ? Là est toute la question. », Bachelot : « Le "droit à l'enfant" est un terme qui me choque profondément », propos recueillis par M. Gomez et M. Lamoureux, [la-croix.com](http://www.la-croix.com), 5 mars 2009 : <http://www.la-croix.com/article/index.jsp?docId=2366910&rubId=788>

soulignant en même temps son impossibilité évoquée plus haut : « Je sais bien que notre société ne tolère pas la frustration, mais ce droit à l'enfant n'existe pas, puisqu'en l'espèce l'enfant n'advient pas automatiquement! »<sup>17</sup>. Elle semble assumer ici l'existence d'une revendication réelle qu'il suffirait de réfuter rapidement. Or précisément, la difficulté du problème qui nous intéresse ici est qu'il résiste à de simples réfutations étant donné son caractère vague et rhétorique. Dans l'analyse, il faut donc aller au-delà de la notion même.

Outre les oppositions comme celles évoquées plus haut, soulignant de deux manières différentes la spécificité de l'humain, d'autres types d'objections ont été formulées à l'égard du supposé droit à l'enfant, permettant de mettre en avant une propriété curieuse. Ces objections viennent notamment des personnes méfiantes à l'égard des changements dans la conception de la famille survenus suite à la reconnaissance juridique des couples homosexuels : ces derniers risqueraient alors de revendiquer un droit à l'enfant comme conséquence du droit à la reconnaissance de la vie maritale<sup>18</sup>. Un tel droit (qui concernerait alors les couples homosexuels et hétérosexuels) s'inscrirait dans la continuité de toutes sortes de demandes sociales<sup>19</sup>. Ces dernières craintes ne semblent toutefois pas justifiées pour l'instant. Il s'avère qu'aujourd'hui la procréation médicalement assistée n'est accessible qu'aux couples hétérosexuels<sup>20</sup>, ce qui crée une situation fort étrange. Le droit reconnu à l'accès à la médecine procréative, ce droit que nous qualifions ici de droit à l'enfant au sens faible, est un droit qui se comporte de façon différente des autres droits. Il ne s'oppose pas à des inégalités socialement instaurées, car il semble s'élever contre les « inégalités naturelles » (l'incapacité de procréer). Ce faisant, toutefois, dans

---

<sup>17</sup> « Françoise Héritier : “Le droit à l'enfant n'existe pas” », interview par C. Chartier et V. Olivier, *L'Express*, 25 février 2010.

<sup>18</sup> « Mais la psychanalyse n'a pas à cautionner tous les douteux bricolages du génie génétique et le psychanalyste doit s'interroger sur les effets psychiques, individuels et collectifs d'un droit qui légitimerait un mariage homosexuel ouvrant un droit à l'enfant » A. Rubens, « Homoparenté, un enfant à tout prix ? », *l'express.fr*, 23 mai 2010, [http://www.l'express.fr/culture/livre/homoparente\\_893735.html](http://www.l'express.fr/culture/livre/homoparente_893735.html).

<sup>19</sup> « Conséquence logique de cette nouvelle revendication sociétale, ce droit à l'enfant implique de mettre à disposition des parents d'intention toutes les techniques d'assistance médicale à la procréation disponibles. Ne pas s'y soumettre serait attenté au sacro-saint principe de non discrimination. » P.-O. Arduin, « Europe : vers un droit à l'enfant par fécondation in vitro », *libertepolitique.com*, 12 novembre 2010, <http://www.libertepolitique.com/respect-de-la-vie/6367-vers-un-droit-a-lenfant-par-fecondation-in-vitro>.

<sup>20</sup> « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. [...] L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune ». Article L. 2141-2 du *Code de la santé publique*.

le contexte juridique actuel, il exclut de sa portée les couples homosexuels. Il en résulte alors, dans l'état actuel des choses, un renforcement des inégalités juridiques entre couples homosexuels et couples hétérosexuels. Ces dernières remarques deviendront sans doute obsolètes dans un avenir proche, mais elles nous permettent de souligner une autre facette du phénomène évoqué plus haut, c'est-à-dire de la prise au sérieux par le discours autour des questions juridiques de l'idée selon laquelle il y a une relation sans médiation entre le monde naturel et juridique. La sphère juridique est ainsi souvent présentée comme puisant spontanément dans la « nature »<sup>21</sup>.

Comment s'en sortir ? Et faut-il s'en sortir (s'agit-il d'un véritable problème qu'il faudrait considérer dans les mêmes termes que les termes initiaux) ? Nous voudrions apporter ici quelques éléments de réponse en dehors des termes classiques du débat dit de « bioéthique », où il est question des droits des « personnes potentielles » (embryon, fœtus, etc.), ou ceux des futurs parents (qui revendiqueraient leur droit à l'objet-enfant). Il a été montré plus haut que la distinction classique entre droit-liberté et droit-créance ne pouvait pas non plus fournir une explication complète du phénomène qui nous intéresse, même si elle en restitue bien les tensions internes. Pour comprendre les enjeux conceptuels fondamentaux des difficultés qui ont émergé jusqu'alors (de formulation, de possibilité de réfutation, d'application sélective notamment), il peut être opportun de se tourner vers une réflexion sur les droits eux-mêmes.

## **II. Les droits et les sources de leur légitimité**

### ***1. Fictions ou reflets des convictions morales ?***

Dans un passage célèbre d'*After virtue*, Alasdair MacIntyre compare la croyance en l'existence des droits (y compris les droits de l'homme) à celle en l'existence des licornes<sup>22</sup> : les uns comme les autres sont des entités de fiction. Est-ce que la notion de droit (et même le concept, c'est-à-dire une

---

<sup>21</sup> Pour une analyse plus détaillée de ces interférences problématiques entre la nature et le droit se trouve dans l'ouvrage de Ph. Descamps, *Le sacre de l'espèce humaine*, Paris, PUF, 2009. Ce lien étroit entre le droit et la nature (ce second terme mériterait des guillemets) est d'ailleurs assumé par le législateur qui, dans les discussions sur le projet d'une nouvelle loi « de bioéthique » signale que « En droit français, l'assistance médicale à la procréation est [...] conçue en miroir de la procréation naturelle : elle vise à permettre à un couple de pallier l'infertilité qui l'empêche de procréer naturellement. » (cf. le rapport législatif <http://www.senat.fr/rap/a10-381/a10-38110.html>)

<sup>22</sup> A. C. MacIntyre, *After virtue: A Study in Moral Theory*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007, p. 70.

construction théorique bien déterminée) s'en trouve compromise ? Que signifie « être une fiction » ? En un sens, la plupart, sinon toutes les entités créées par le droit pourraient être considérées comme des fictions, car elles n'existent pas « physiquement ». Nous pourrions par exemple dire que la « propriété » n'existe pas ; en effet, il y a des objets, il y a des personnes qui possèdent ces objets, mais la propriété en tant que telle n'est qu'une fiction. Toutefois, même les nominalistes ne doivent pas aller aussi loin : les notions de ce type jouent un rôle tout à fait réel dans le langage juridique. La notion de propriété a des conséquences tout aussi réelles que d'autres notions abstraites mais fonctionnellement efficaces : les promesses prononcées devant quelqu'un ne sont des entités réelles en aucun sens matériellement pertinent, elles changent pourtant quelque chose dans le monde, elles modifient les personnes qui agiront désormais en fonction de celles-ci.

S'ils ne sont pas des fictions, les droits constituent-ils quelque chose d'irréductible, un fondement à partir duquel on pourrait déduire d'autres relations juridiques ? C'est ce que prétend Richard Dworkin, défenseur d'une forme moderne du naturalisme juridique, pour qui les droits tels que nous les connaissons dérivent des quelques droits naturels préexistant à tout système juridique. Pour lui, les droits sont des atouts dont dispose l'individu quand « l'objectif collectif ne constitue pas de justification suffisante pour leur refuser ce qu'ils souhaitent, en tant qu'individus, d'avoir ou de faire »<sup>23</sup>. Les racines de cette revendication sont morales et les droits doivent être alors compris comme se fondant sur la morale. Dans la réflexion sur le droit, le recours à la morale est toutefois très coûteux (besoin d'une théorie morale solide et partagée) et, selon le positivisme juridique, contraire au comportement effectif du droit – ce dernier semble plutôt refléter les pratiques sociales et les décisions du législateur. Sa légitimité ne vient pas du fait qu'il soit moral, mais du fait qu'il soit consenti par le pouvoir législatif légitime. Le problème des droits touche le cœur de cette querelle qui anime toujours la philosophie contemporaine du droit. Il y était d'ailleurs présent depuis ses débuts : l'histoire de la distinction entre la pensée explicitement positiviste du droit et la pensée naturaliste a été fortement marquée par la réflexion sur les droits que nous allons évoquer dans la suite.

## ***2. Les « Droits de l'homme » comme malformation linguistique***

L'Irlandais Edmund Burke demandait à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle :

---

<sup>23</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. XI.

« A quoi servirait, pour alimenter ou pour guérir, une discussion abstraite sur les droits de l'homme ? La question est de savoir procurer et administrer l'un et l'autre ; et, en pareille circonstance, je conseillerais toujours plutôt d'avoir recours au fermier et au médecin, qu'aux professeurs de métaphysique »<sup>24</sup>.

Il n'était pas le seul à s'interroger à propos de cette création française. L'un des fondateurs de la tradition britannique contemporaine de pensée juridique, l'utilitariste Jeremy Bentham, a également entrepris une lecture très critique de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. Son analyse est marquée par une attaque de la notion de droit naturel, et des « droits de l'homme » en particulier. Dans les *Sophismes anarchiques*<sup>25</sup> (*Anarchical Fallacies*) qu'il écrit alors, le philosophe entreprend un examen plus général des termes utilisés par la philosophie morale classique, qui sont pour lui des sophismes, enracinés dans des usages obsolètes du langage. Les *rights* anglais, qui précèdent les *droits* français, sont un terme tout à fait problématique pour Bentham : d'abord un adjectif (comme dans des phrases du type « *this is right* »), le terme est devenu un substantif (*rights of man*) et a donné l'illusion que les droits existaient avant qu'ils ne soient revendiqués ou reconnus, soit de façon indépendante, soit fondés sur une loi morale suprême. Or, selon le philosophe, ce qui est *right* (au sens adjectival) l'est uniquement par rapport à une loi existante. Les droits sont donc seulement des émanations de la loi, d'un produit social concret, propre à une communauté et à un moment historique. C'est là une analyse du langage dont les conséquences sont majeures : on essaye de voir ce que signifient effectivement certains termes du langage qu'on utilise, et cet examen est susceptible de montrer qu'ils ne cachent en réalité rien qui puisse effectivement mériter l'attention. Ce type d'analyse n'est bien évidemment pas propre à la sphère juridique et s'étend à la philosophie analytique dans son ensemble<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> E. Burke, « Réflexions sur la Révolution de France » (1790), Paris, A. Egron, 1819, p. 104.

<sup>25</sup> « Les sophismes anarchiques », trad. J.-P. Cléro, in *Contre les droits de l'homme* (éd. B. Binoche), Paris, PUF, 2005.

<sup>26</sup> Nous la retrouvons par exemple chez Franz Brentano, l'un des pères de la philosophie analytique, qui démystifiait les notions classiques en philosophie en montrant qu'elles n'ont un sens qu'accompagnées, jamais « en tant que telles » ; il s'agit alors des termes syncatégorématiques.

### **3. Le jusnaturalisme de Mill**

Dans ce contexte, la direction prise par J. S. Mill dans son analyse de la notion de droit (Mill est considéré comme le continuateur principal du travail de Bentham) est étonnante, tout en ayant le mérite incontestable d'explicitement une conception alternative. La définition des droits proposée par Mill est la suivante :

« Quand nous appelons une chose le droit d'une personne, nous voulons dire que cette personne peut demander à la société de la protéger dans la possession de cette chose, soit par la force de la loi, soit par la puissance de l'éducation et de l'opinion. Si elle a ce que nous considérons comme des titres suffisants pour demander que la société protège ses possessions, nous disons qu'elle a droit à ces possessions. Si nous voulons prouver que rien ne lui appartient en droit, nous l'admettons aussitôt si nous pouvons montrer que la société n'a pas de mesures à prendre pour la protéger, et doit la laisser au hasard, ou à ses propres forces »<sup>27</sup>.

Cette définition est très souvent reprise comme étant neutre et réutilisable dans des présentations générales. Pourtant, elle contient une prise de position implicite en ce qu'elle admet l'existence de liens essentiels entre le droit et la morale. En effet, la loi reste pour Mill en parfaite continuité avec « l'éducation et l'opinion », et n'est pas – contrairement à l'esprit des idées de Bentham, et contrairement aux opinions professées par la suite par les positivistes juridiques – une création sociale spécifique dont la valeur résiderait dans la reconnaissance commune de sa légitimité. Mill efface clairement les limites entre droit et morale (naturelle) dans son discours sur la justice : pour lui, « l'idée de la sanction pénale qui est l'essence de la loi entre non seulement dans l'idée d'injustice, mais dans celle de n'importe quelle espèce de tort ». L'utilitarisme de Mill considère les questions légales et morales de la même manière, ce qui le distingue de Bentham. Son objectif est de « montrer comment, conformément à ce cadre [utilitariste], l'ensemble justice-droits prend le devant sur la poursuite directe de l'utilité générale par les individus et l'État, tout comme il est prioritaire relativement à des poursuites privées des fins personnelles »<sup>28</sup>.

Une telle position va à l'encontre des intuitions fondamentales du positivisme juridique, pour lequel la légitimité des droits n'est pas due à leur

---

<sup>27</sup> J. S. Mill, *L'utilitarisme* (1863), ch. 5, trad. fr. Le Monnier, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1889, p. 104.

<sup>28</sup> J. Skorupski, *Why Read Mill Today*, London, Taylor & Francis, 2006, p. 36.

capacité éventuelle à refléter des idées morales, mais à leur reconnaissance par la communauté qui les respecte (ou pas). Sans surprise, Herbert Hart, philosophe du droit positiviste du XX<sup>e</sup> siècle, a proposé une critique de la position de Mill, sans se contenter pour autant de rappeler les idées déjà énoncées par Bentham contre les droits naturels. Contrairement à ce dernier, Hart ne pense pas que tous les droits doivent faire partie d'un système juridique pour avoir un sens ; sans être *fondés* sur des principes moraux, les droits peuvent naturellement fonctionner dans la sphère des échanges quotidiens non régie par la loi :

« les droits naturels non juridiques, bien que suspects en tant qu'éléments d'une théorie politique ou en tant qu'arguments opposés à la loi dans un débat public, ont une place bien établie dans les discours moraux ordinaires proférés au quotidien par des individus à propos de leurs conduites mutuelles »<sup>29</sup>.

Mais Hart rappelle en même temps que Bentham s'attaquait à des droits « naturels » qui ne seraient alors créés ni par un agent quelconque ni par une convention ; donc les droits dont il est question dans le paragraphe cité, produits par des conventions non juridiques entre les hommes, ne sont pas d'emblée exclus. Le vrai problème est plutôt celui de Mill qui « met la charrue avant les bœufs », car en définissant le droit comme ce qui est assuré par la loi, il ne permet pas de comprendre comment les droits (conventionnels, non encore juridiques) permettent par ailleurs la création de protections légales<sup>30</sup>. En permettant, semble-t-il, de clore le débat concernant le statut des droits mené par les fondateurs de l'utilitarisme, Hart redonne un véritable sens aux droits, en montrant toutefois leur inscription non pas dans des fondements immuables auxquels il faudrait se référer, mais dans le réseau de significations déterminé par et pour une communauté donnée. Ce réseau est sans doute dynamique, mais il n'est pas fictif : en ce sens les droits, eux aussi, acquièrent une réalité tout à fait palpable.

Ces remarques sont sans doute encore assez générales, et elles ne répondent pas à la question de savoir ce que les droits sont censés défendre : et ce n'est pas qu'à travers cette interrogation que nous pouvons tenter de revenir à la question qui nous a conduit vers cette réflexion, celle d'un

---

<sup>29</sup> H. L. Hart, « Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill », in *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon, 1982, pp. 79-104, p. 88.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 103. Quelques dizaines d'années plus tard, John Skorupski notera que le problème de l'ordre entre la charrue et les bœufs résume un bon nombre de difficultés dans la réflexion sur la normativité (cf. J. Skorupski, *The Domain of Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 309).

« droit à l'enfant ».

### **III. Qu'est-ce qui mérite d'être défendu, la volonté ou les intérêts ?**

Quelle est donc la fonction principale des droits : doivent-ils refléter la volonté de ceux qui peuvent en bénéficier ou devraient-ils plutôt correspondre à la défense de leurs intérêts face aux autres et au monde ? C'est une question différente de celle de savoir ce que sont les droits. Il s'agit ici de savoir pourquoi les droits méritent d'être éventuellement défendus, et quelles sont leurs raisons d'être. Après la question définitionnelle, la plus importante est donc la question fonctionnelle.

#### ***1. Le contexte historique du débat***

Du point de vue historique, dans le contexte résolument positiviste que nous avons défendu dans le paragraphe précédent, les deux théories principales apparaissent déjà au XIX<sup>e</sup> siècle. D'abord, la théorie « objective » de Bentham, pour qui l'existence des droits est justifiée par l'intérêt du bénéficiaire : sa version contemporaine est connue sous le nom de « théorie de l'intérêt » (*interest theory*)<sup>31</sup>. À celle-ci s'oppose la position de John Austin (philosophe et juriste du XIX<sup>e</sup> siècle), chez qui on trouve les prémices de la théorie de la volonté ou du choix (*choice* ou *will theory*). Cette dernière position est tout à fait compréhensible dans l'œuvre d'Austin : en prolongeant l'idée positiviste selon laquelle la loi est le résultat de la volonté du souverain, les droits devraient suivre le même chemin. En conséquence, l'idée de droit comme étant d'une certaine manière bénéfique à celui qui en profite a été automatiquement écartée<sup>32</sup>.

La formulation plus contemporaine de la théorie du choix se trouve dans les écrits de Herbert Hart, et peut être résumée par deux idées : (1) les droits n'existent pas en soi, mais uniquement parce qu'il y a quelqu'un qui est susceptible d'être reconnu comme étant le sujet des droits, (2) ils doivent « nourrir et protéger l'autonomie individuelle »<sup>33</sup>. Le point 2 n'a pas été considéré comme satisfaisant par les principaux acteurs du positivisme juridique, et constitue probablement la partie la moins populaire de l'héritage par ailleurs admirable et impressionnant de la pensée de Hart.

---

<sup>31</sup> Certains commentateurs vont voir les prémices d'une telle théorie des droits chez Hobbes, cf. notamment Eleanor Curran, « Hobbes's Theory of Rights: A Modern Interest Theory », in *The Journal of Ethics*, 6, 2002, pp. 63-86.

<sup>32</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, J. Murray, 1832, pp. 25-26.

<sup>33</sup> Cf. W. A. Edmundson, *An Introduction to Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 122.

Aussi bien Joseph Raz que Neil MacCormick ont proposé, dans un esprit pourtant hartien, des théories « de l'intérêt »<sup>34</sup> nouvelles<sup>35</sup>.

## **2. La théorie de l'intérêt aujourd'hui**

Cette nouvelle théorie de l'intérêt suit en un sens la direction tracée par MacCormick : elle reprend le contexte philosophique de Hart (le positivisme juridique dans sa version modérée), en essayant de montrer que la théorie du choix ne lui convient pas malgré ses attraits : elle ne permet pas de rendre véritablement compte du caractère fondamentalement relationnel des droits en insistant sur la volonté individuelle. Aujourd'hui, l'intérêt des travaux de MacCormick est avant tout historique, il est en conséquence plus judicieux de s'intéresser aux positions de Joseph Raz (dont les positions sont lues comme émanant également du positivisme juridique, bien qu'il semble penser que la distinction entre le positivisme et le naturalisme juridiques soit aujourd'hui obsolète)<sup>36</sup>.

Pour Raz, c'est la reconnaissance par les autres des intérêts d'autrui qui permet de comprendre la notion de droit :

« "x a un droit" si et seulement si x peut avoir des droits et, toute chose égale par ailleurs, un aspect du bien être de x (de son intérêt) est une raison suffisante pour tenir d'autre(s) personne(s) comme ayant un devoir »<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Le texte de MacCormick qui s'inscrit explicitement dans cette histoire est ici particulièrement utile: « Rights in Legislation », in P. M. S. Hacker & J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honor of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

<sup>35</sup> Il est important de le signaler ici ne serait-ce qu'en passant que des auteurs contemporains ont tendance à suivre les distinctions faites au début du XX<sup>e</sup> siècle par Wesley Hohfeld, qui rappelle l'existence d'un ensemble de notions qui définissent la sphère juridique et qui ont un sens uniquement les unes par rapport aux autres. Les droits se définissent à l'aide des non droits, des devoirs, des obligations, des pouvoirs, des privilèges, des immunités, et d'autres termes corrélatifs ou opposés – les propriétés donc essentiellement relationnelles. Cf. W. N. Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », in *The Yale Law Journal*, 23, 1913, pp. 16-59, p. 30 *sqq.*; parmi les auteurs qui s'en inspirent aujourd'hui, nous trouvons notamment la philosophe morale Judith Thompson (cf. *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990).

<sup>36</sup> Cf. les réponses de J. Raz in L. H. Meyer, S. L. Paulson & Th. W. Pogge (eds.), *Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 253.

<sup>37</sup> « Definition: "x has a right" if and only if x can have rights, and other things being equal, an aspect of x's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty. », J. Raz, « On the Nature of Rights », in *Mind*, 93, 1984, pp. 194-214, p. 195.

L'un des rôles des droits est de « fonder les devoirs dans les intérêts d'autres êtres »<sup>38</sup>, individuels ou collectifs, tous ceux qui sont susceptibles d'avoir des intérêts. Raz souligne que servir les intérêts des porteurs de droits n'est toutefois pas une procédure qui, même dans un monde idéal, pourrait s'appliquer automatiquement, car les intérêts (et les droits qui les accompagnent) qu'un individu peut avoir à un moment donné peuvent être contraires à ses intérêts à long terme. Les droits constituent ici un élément intermédiaire entre les intérêts (un point de référence de toute cette réflexion) et les devoirs qui s'ensuivent. La personne a des intérêts, ces intérêts justifient des droits, et ceux-ci justifient les devoirs d'autrui à l'égard de cette personne. Certes, ce schéma général ne permet pas d'identifier celui qui a les devoirs à l'égard d'un possesseur de droits, mais il est nécessaire pour faire les premiers pas pour le caractériser.

La théorie de l'intérêt amplifie donc davantage le caractère relationnel du droit dans son ensemble, très important dès les origines du positivisme juridique. Le droit est un ensemble ouvert d'outils juridiques servant à organiser les relations sociales, et ceux qui respectent les règles juridiques ne doivent pas nécessairement adhérer en même temps aux motivations morales qui peuvent sous-tendre celles-ci. La notion de droit peut être comprise dans cette perspective – les droits sont alors des éléments de reconnaissance sociale mutuelle des agents en coaction, et non pas des agents conçus comme des « empires dans l'empire ». Et en revenant au sujet de cet article, cette conception des droits exige une prise de distance à l'égard de la volonté individuelle des sujets du droit, donc les parents, pour privilégier le réseau complexe d'intérêts qu'il y a là à défendre. Quels intérêts au juste ? Certainement ceux des personnes vivantes (et pas seulement potentielles), car ce sont les obligations que la société a à leur égard qui doivent être considérées en priorité. Parmi celles-ci, les plus vulnérables (dans le contexte de l'enfant qui nous intéresse ici) sont des enfants sans famille, les enfants qui pourraient être adoptés, mais ne le sont pas en raison des aléas juridiques. Aléas qui émergent d'ailleurs des phénomènes que nous avons décrits plus haut, tel le caractère fondateur qu'on accorde aux liens biologiques.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 208.

## **Conclusion**

Comment répondre à la question posée au début de notre réflexion sur les droits après la remarque incisive de MacIntyre ? Oui, le droit à l'enfant est une licorne, mais il ne l'est pas pour les raisons évoquées par MacIntyre. Il est une licorne non pas parce qu'il n'existe pas au sens fort (condition nécessaire mais non suffisante), mais parce qu'il serait nuisible à au moins deux niveaux. Une des vertus de la licorne est de savoir reconnaître les vierges, ce qui est certes une capacité rare, mais la rareté d'une chose ne la rend pas forcément désirable : la capacité à détecter les vierges pourrait avoir des conséquences sociales nuisibles. Qui plus est, elle ferait de ces animaux des proies attrayantes, et finalement leur est néfaste. Un droit à l'enfant est lui aussi une notion qui, en tant qu'outil rhétorique utilisé aussi bien par ses adversaires que par ses protagonistes (et non pas au sens faible d'accès aux techniques reproductives), risque d'être fort contreproductif. Il renforce le fantasme de continuité biologique en tant qu'objet singulièrement désirable, ce qui, par ailleurs, provoque des situations très difficiles à supporter pour ceux qui les cultivent (p. ex. les échecs de la fécondation *in vitro* sont rarement bien vécus). Ce qui ne devrait pas nous interdire de réfléchir sur les intuitions couvertes par cette notion : son analyse n'est pas inutile, comme nous espérons l'avoir montré plus haut, car elle permet de comprendre quelles sont les choses que les droits sont susceptibles de couvrir et quel est le langage dans lequel il convient d'en parler.

Les droits sont donc des conventions qui règlent certains rapports entre les agents, et ce qui importe ici, dans la tradition philosophique du positivisme juridique anglo-saxon, ce sont les relations qu'ils sanctionnent. Il est essentiel de comprendre ce caractère conventionnel et non naturel des droits pour reconnaître les limites de leurs applications. Un droit imaginaire à l'enfant n'est donc pas au centre du problème touché par cette notion. Ce qui devrait en revanche attirer notre attention ici ce sont les questions essentielles que l'on a esquissées dans les pages précédentes : qu'est-ce qui détermine la légitimité d'un droit, quelles sont les sources de sa normativité, et à quoi sert-il ? Les réponses proposées par le positivisme juridique contemporain, et en particulier par la théorie des droits comme protégeant les intérêts, nous montrent quelques pistes utiles : les droits n'ont un sens qu'en vertu d'un tissu d'interactions sociales et d'autres relations auxquelles ils sont corrélés. Les réponses aux questions qu'ils posent ne se trouvent pas ailleurs (dans la nature, dans un système éthique), elles doivent au contraire émerger de la prise en compte de la conception de la vie sociale dans son

ensemble qui mérite – ou qui ne mérite pas – d’être encouragée. La solution pratique qui pourrait être suggérée face à l’ensemble de problèmes dont traitait la première partie du présent texte serait de rapprocher la législation relative à la procréation assistée de celle qui s’applique à l’adoption, tant au niveau des principes que des pratiques administratives<sup>39</sup>. Cette direction permettrait de renforcer l’idée selon laquelle c’est la présence socialement et relationnellement fondée qui prime dans la manière dont notre société accueille les enfants, et non le patrimoine génétique de ces derniers. Ce n’est pas le prétendu ordre naturel de choses qui poserait ici ses normes, mais la prise en compte de la complexité des relations interpersonnelles.

---

<sup>39</sup> Ce n’est pas un projet entièrement loufoque, car un tel système fonctionne bel et bien en Suède, selon C. Labrusse-Riouet et de G. Delaisi de Parseval, <http://www.genetique-et-liberte.asso.fr/resumeconf3.html#Enfant>. Notons en passant que la Suède a décidé de lever l’anonymat des donneurs en 1984, et était le premier pays à prendre une telle décision. C’est également ici que le taux d’adoptions est le plus important en Europe.