



HAL
open science

PMA pour toutes: discussion autour du projet de loi

Martine Gross

► **To cite this version:**

| Martine Gross. PMA pour toutes: discussion autour du projet de loi. 2020. hal-02427875

HAL Id: hal-02427875

<https://hal.science/hal-02427875>

Preprint submitted on 4 Jan 2020

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.

PMA pour toutes : discussion autour du projet de loi¹

Martine Gross, sociologue (CNRS)

Merci à l'association les Bascos et au Planning familial d'avoir organisé cette conférence autour du projet de loi ouvrant la PMA à toutes les femmes. Avant de vous parler de ce que contient le projet de loi, nous ferons un détour pour rappeler comment s'établit à l'heure actuelle la filiation des enfants nés de PMA chez les couples de femmes et comment s'établit la filiation des enfants nés de PMA au sein des couples hétérosexuels. Nous aborderons ensuite ce que contient le projet de loi adopté en première lecture le 15 octobre concernant les sujets qui nous intéressent puis essayer de comprendre comment il a été élaboré, notamment en ce qui concerne la filiation. Enfin, nous aborderons les points problématiques et les insuffisances de ce texte.

La filiation des enfants nés de PMA au sein des foyers lesbiens

A l'heure actuelle, les couples de femmes et les femmes seules n'ont pas accès à la PMA. Lorsqu'un enfant est élevé au sein d'un couple de femmes, la filiation est établie à l'égard de la femme qui a accouché. Quant à celle qui n'a pas porté l'enfant, la filiation est établie par adoption intraconjugale, c'est à dire adoption de l'enfant de la conjointe.

En effet, le mariage permettant l'adoption de l'enfant du conjoint, la loi de 2013 a étendu automatiquement cette possibilité aux couples de même sexe. Cette ouverture s'est opérée sans que le législateur ne se préoccupe du mode de conception de l'enfant. Pour les couples de femmes, la loi de 2013 est donc venue offrir la perspective d'une consécration de leur projet parental commun, quelle que soit la manière dont l'enfant aura été conçu.

Cette incohérence a été l'occasion de blocages de la part des juges chargés de prononcer les adoptions intraconjugales qui ont mis en avant une fraude à la loi, lorsque l'enfant était conçu par IAD, pour refuser de prononcer l'adoption². La Cour de cassation a alors été appelée à trancher l'incertitude. Elle a considéré, dans deux avis du 22 septembre 2014, que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption »³.

Le dépôt d'une procédure d'adoption ne garantit pas qu'elle sera accordée par le tribunal. Quelques rares tribunaux n'ont pas suivi les avis de la cour de cassation et ont refusé de prononcer l'adoption notamment lorsque la conception avait eu lieu avec un donneur connu. Les couples ont alors été obligés d'aller en appel pour l'obtenir.

¹ Ce texte est issu des conférences organisées par l'association les Bascos les 17 et 18 octobre 2019 à Bayonne et à Pau

² Dans leur grande majorité, les tribunaux ont considéré que l'adoption de l'enfant du conjoint était de droit, dès lors que les conditions légales étaient remplies, peu importe la façon dont l'enfant avait été conçu. Néanmoins, quelques-uns ont refusé de prononcer l'adoption dans ces circonstances, invoquant la fraude à la loi constituée par l'insémination artificielle avec donneur pratiquée à l'étranger.

³ Cass., avis, 22 sept. 2014 (no 14-70.006 et no 14-70.007), *AJ fam.*, 2014, p. 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.*, p. 555, obs. F. Chénéde ; *D.* 2014 . 2031, note A.-M. Leroyer ; *RTD civ.*, 2014, p. 872, obs. J. Hauser, *RDSS* 2014. 1145, note L. Brunet.

Le législateur oblige les couples en union libre à se marier pour que celui ou celle des deux conjoint·e·s puisse adopter l'enfant ayant jusqu'ici pour seul parent l'autre membre du couple, alors même que le nombre de naissance hors mariage progresse depuis une trentaine d'année, qu'il est passé au-dessus de 50% au milieu des années 2000 pour atteindre 60,3 % en 2018⁴. Les couples de même sexe sont les seuls à devoir se marier pour devenir parents de leurs enfants. De nombreuses femmes rencontrées lors de mes différentes enquêtes disent s'être mariées uniquement pour pouvoir procéder à l'adoption et sécuriser ainsi le lien juridique avec leur enfant.

Par ailleurs, les procédures d'adoption de femmes souhaitant adopter l'enfant de leur conjointe ont pu être très intrusives dans certaines juridictions pour les familles rencontrées⁵. Les récits recueillis faisaient état de la production de témoignages auprès de proches, mais également des enseignants de leur enfant. D'autres ont raconté avoir fait l'objet d'une enquête de police, d'une convocation au commissariat voire, dans quelques cas, d'une audience éprouvante. Avoir à demander des témoignages afin que soit attesté le fait qu'on se comporte comme des parents et qu'on est de bons parents n'est pas banal. Être convoquée par la police ou recevoir une brigade des mineurs chez soi, a toujours été vécu comme angoissant et traumatisant.

Il faut aussi remarquer qu'entre le moment de la naissance et le prononcé de l'adoption, l'enfant n'est pas protégé juridiquement notamment en cas de décès de la mère légale ou en cas de séparation.

En résumé, l'adoption n'est pas le modèle juridique optimal pour reconnaître la filiation des enfants élevés au sein de ces familles.

L'ouverture de la PMA aux couples de femmes devait donc impérativement prévoir une disposition pour que l'enfant ait deux mères légales dès la naissance. D'où la nécessité que le projet de loi ouvrant la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules prévoie l'établissement de la filiation.

La filiation des enfants nés de PMA pratiquée en France, c'est-à-dire au sein de foyers hétérosexuels

Comment est organisée la filiation des enfants nés de PMA pratiquée en France? La loi de bioéthique de juillet 1994 réserve l'accès à la PMA aux seuls couples hétérosexuels. Tout est ensuite organisé tant par le droit que par les CECOS (Centre de conservation des œufs et du sperme) pour que les parents infertiles puissent passer pour avoir procréé ensemble. Avant le recours au don de sperme, l'homme infertile s'engage à faire établir sa paternité et à ne jamais la

⁴ On peut consulter des données de la statistique publique française à ce sujet ici : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381394#tableau-Donnes>.

⁵ Voir le rapport « Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale. <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/le-droit-a-lenfant-et-la-filiation-en-france-et-dans-le-monde-2/>

contester. Après la naissance, il devient père exactement comme si le recours au don n'avait pas eu lieu, par la présomption de paternité s'il est marié ou sinon en reconnaissant l'enfant. Cette manière d'établir la filiation, par la présomption de paternité ou la reconnaissance, sous-entend que les parents de l'enfant sont ses géniteurs. L'anonymat des dons vient compléter ce modèle pseudo-procréatif. La PMA est organisée selon le modèle du « ni vu ni connu » qui permet d'oublier que le couple n'a pas procréé ensemble. Le couple qui a recours à un don de gamète passe pour avoir procréé ensemble. Selon ce modèle pseudo-procréatif, le droit attribue le statut de parents légaux aux couples dont l'union sexuelle est potentiellement féconde. Ce qui a eu pour conséquence sa limitation aux seuls couples hétérosexuels.

Évidemment, ce modèle pseudo-procréatif n'est pas adapté à la diversité des configurations familiales. Il en résulte une souffrance pour de nombreuses personnes : notamment des enfants qui devenus adultes veulent connaître l'identité de leur géniteur et des couples de même sexe ou les femmes seules qui n'ont pas accès à la PMA au prétexte qu'ils ne peuvent passer pour avoir procréé ensemble.

L'enjeu de l'ouverture de la PMA à toutes les femmes et notamment aux couples de femmes est de penser la filiation selon un autre modèle. Un modèle qui ne confond plus les dimensions biologiques et juridiques. Un modèle fondé sur la volonté et l'engagement parental selon lequel la filiation s'établit lorsqu'il y a recours à une PMA avec tiers donneur, à partir du projet parental et de l'engagement irrévocable de devenir parent.

Ce que dit le projet de loi adopté en première lecture⁶ à l'assemblée nationale et comment en est-on arrivé là ?

Le projet de loi contient 32 articles. Nous allons nous intéresser aux articles qui concernent la PMA, l'accès aux origines et la filiation, c'est à dire l'article 1, 3 et 4. Le projet de loi contient bien d'autres dispositions comme la conservation des ovocytes, le don d'organes, la recherche sur les embryons, etc... mais nous n'allons pas pouvoir les examiner ce soir !

L'ouverture de la PMA à toutes les femmes, qu'elles soient en couple ou seules
Pour ce qui est de la PMA, l'article 1^{er} élargit l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

Le critère médical d'infertilité qui aujourd'hui conditionne cet accès est supprimé. L'accès à la PMA repose donc sur le projet parental.

La prise en charge par l'assurance maladie reste identique et est étendue aux nouveaux publics éligibles.

Il permet enfin le recours à un double don de gamètes au cours d'une même tentative d'assistance médicale à la procréation. Les lesbiennes ne sont pas à l'abri d'une infertilité ovarienne, notamment parce qu'elles se tournent souvent vers la PMA alors qu'elles sont déjà âgées de plus de 35 ans. Grâce à cette

6

possibilité, elles pourront bénéficier en cas d'infertilité ovarienne, d'un double don : don d'ovocyte et don de sperme.

L'accès aux origines

L'article 3 permet d'ouvrir un nouveau droit aux personnes nées d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur qui, à leur majorité, auront la possibilité, sans condition, d'accéder aux informations non identifiantes relatives au tiers donneur ainsi qu'à l'identité de ce dernier.

Le consentement exprès du tiers donneur à la communication de ces données et de son identité est recueilli avant même de procéder au don.

Cet article de loi répond aux revendications des associations de personnes issues de don de gamètes qui souffrent de ne pouvoir accéder aux informations concernant le tiers donneur qui a contribué à leur venue au monde. Cependant, ils ne pourront pas accéder eux-mêmes à l'identité de leur donneur ou de leur donneuse puisque la loi n'est pas rétroactive.

En parallèle, l'article prévoit également une gestion centralisée des données relatives aux donneurs, aux dons et aux enfants nés de dons par l'Agence de la biomédecine. Il met en place une Commission qui accueillera les demandes des personnes nées de don et sollicitera l'Agence de la biomédecine pour obtenir les informations. Enfin, l'article prévoit un dispositif pour les donneurs et les personnes nées de don effectué avant la promulgation de la loi. Ces personnes peuvent s'adresser à l'agence de la biomédecine pour leur demande de communication des informations concernant le tiers donneur. Les tiers donneurs peuvent se manifester pour autoriser l'accès à leurs données non identifiantes et à leur identité. Mais il n'est pas prévu d'aller interroger les donneurs pour savoir s'ils seraient d'accord pour lever leur anonymat.

A compter d'une date fixée par décret, il sera mis fin à la conservation de embryons et des gamètes issus de dons réalisés pendant un an suivant la promulgation de la loi.

Filiation

L'article 4, après avoir posé dans un article principal du code civil l'égalité des modes de filiation, et, à travers elle, l'égalité des droits et des devoirs pour tous les enfants dans leurs rapports avec leurs parents, propose un mode de filiation par reconnaissance conjointe devant notaire permettant aux couples de femmes de devenir légalement les parents de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation qu'elles auront réalisée ensemble, et ce, dès sa naissance. La reconnaissance conjointe permet de rendre compte du projet parental des deux femmes, d'assurer à l'enfant une filiation sécurisée qui a les mêmes effets et ouvre les mêmes droits que la filiation fondée sur la vraisemblance biologique et la filiation adoptive.

Les couples de femmes qui recourent à une assistance médicale à la procréation doivent préalablement donner leur consentement à un notaire. Dans le même temps, elles déclarent conjointement leur volonté de devenir les parents de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation.

La filiation établie par reconnaissance commune anticipée est irrévocable. Pas de filiation possible entre le donneur et l'enfant né du don.

La filiation est établie à l'égard de la femme qui accouche et de l'autre femme, toutes deux désignées dans la reconnaissance conjointe. La reconnaissance et la déclaration de naissance sont remises à l'officier d'état civil qui indique en marge de l'acte de naissance intégral de l'enfant que la filiation a été établie par reconnaissance.

Les couples hétérosexuels ou la femme non mariée établiront la filiation selon le droit de la filiation actuel, c'est à dire la filiation dite charnelle (pour la distinguer de la filiation adoptive). C'est à dire la femme devient mère du moment que son nom est indiqué dans l'acte de naissance, c'est à dire du seul fait de l'accouchement. Le compagnon devient père par présomption de paternité s'il est marié et par reconnaissance s'il n'est pas marié. Autant dire que les hétérosexuels pourront continuer à établir la filiation comme s'ils avaient procréé ensemble, notamment en faisant passer le père infertile pour un géniteur.

En effet, même si ce mode d'établissement de la filiation reconnaît une part à la volonté, cette modalité d'établissement de la filiation signifie aux yeux de la société comme aux yeux de l'enfant que ses parents selon le droit, ceux qui ont endossé le statut de parent, sont aussi ses deux géniteurs.

Avant de discuter des insuffisances de ce texte, je voudrais vous exposer comment concernant la filiation, il a été élaboré.

Comment en est-on arrivé là ?

Plusieurs étapes ont conduit à la rédaction du projet de loi.

Nous allons exposer successivement les 4 options concernant la filiation qui ont fait l'objet de discussions.

- 1) L'extension du mode d'établissement de la filiation des hétérosexuels, la présomption de paternité / reconnaissance de paternité deviendraient présomption de comaternité et reconnaissance de comaternité.
- 2) Un nouveau mode d'établissement pour tous les enfants nés du recours à une PMA avec don de gamète dans un titre VIIbis du code civil : la déclaration anticipée de filiation. Entre la filiation charnelle et la filiation adoptive
- 3) la déclaration anticipée de volonté : un nouveau mode d'établissement pour les enfants nés du recours à une PMA avec tiers donneur au sein d'un couple de femmes dans un titre VII bis du code civil
- 4) Enfin, la reconnaissance conjointe anticipée : un nouveau mode d'établissement pour les enfants nés du recours à une PMA avec tiers donneur au sein d'un couple de femmes dans la même partie du code civil que la filiation des hétérosexuels.

Nous allons voir maintenant plus en détail ces 4 options.

1 - L'extension de la reconnaissance et de la présomption de paternité aux enfants né au sein d'un couple de femmes, soit l'extension du droit actuel.

Ce mode d'établissement de la filiation est revendiqué par un certain nombre d'associations⁷.

Il s'agit de l'adaptation des modalités d'établissement de la filiation actuellement applicables aux couples hétérosexuels bénéficiant d'un don de gamète. La femme qui accouche serait la mère de l'enfant et son épouse deviendrait la coparente de l'enfant par présomption de co-maternité. Hors mariage, la compagne de la mère remettrait à l'état civil une attestation de consentement préalablement reçu par le notaire et reconnaîtrait l'enfant avant ou après la naissance de celui-ci. **La reconnaissance par la seconde mère serait alors inscrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant comme elle l'est pour le père non marié.**

Cette option créerait un mode d'établissement unique de la filiation pour tous les couples bénéficiaires d'une IAD, reproduirait le système actuel sans rien modifier pour les couples hétérosexuels qui pourront continuer à cacher le don et présenterait l'avantage de l'égalité entre les mères, toutes deux devenant mères légales dès la naissance soit par présomption de comaternité ou par reconnaissance.

Toutefois, selon le Conseil d'Etat, « **cette solution apparaît en contradiction avec la philosophie des modes d'établissement classiques de la filiation qui reposent sur la vraisemblance, le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique** ».

Deux remarques : 1) la reconnaissance dans le cas d'un couple de femmes est la reconnaissance d'un consentement au don tandis que dans le cas d'un couple hétérosexuel c'est la reconnaissance d'une procréation charnelle.

2) il y aurait une différence entre celle qui accouche et l'autre mère puisque seule la mère qui n'accouche pas reconnaîtrait l'enfant. En cas de conflit, un juge pourrait être tenté de privilégier la mère qui a accouché. Les associations qui veulent la même filiation que les hétérosexuels, disent ne pas souhaiter une filiation fondée sur la volonté qui effacerait tout distinguo entre la mère qui accouche et sa compagne. Ce qui est troublant, c'est que les conservateurs opposés au projet de loi, disent la même chose et ne veulent pas d'une loi qui permettrait une filiation maternelle basée sur la volonté.

Enfin, ne rien changer à la filiation des hétérosexuels qui ont recours à un don de gamète ne permet pas à leurs enfants de savoir qu'ils sont nés d'un don de donc de bénéficier du nouveau droit d'accès à l'identité de leur donneur.

2- La déclaration anticipée de filiation pour tous

Revendiquée par d'autres associations⁸.

Il s'agit d'établir la filiation des deux membres du couple, qu'il s'agisse d'un couple hétérosexuel ou d'un couple de femmes par une déclaration anticipée de filiation au moment du consentement au don chez le notaire, en créant une

⁷ APGL, le GIAPS, BAMP, CECOS, Planning familial, SOS-homophobie, Enfants Arc-en-ciel

⁸ ADFH, Les cigognes de l'espoir, PMAnonyme, RAVAD, Centr'Egaut, Stop homophobie, réseau fertilité France, l'UTASA, HES, Maïa, Fondation Jean-Jaurès, Clara, https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/07/30/bioethique-et-filiation-ne-montrons-pas-du-doigt-les-meres-lesbiennes_5494905_3232.html

modalité spécifique d'établissement de la filiation pour le recours à un don de gamète.

Cette déclaration serait montrée après la naissance à l'officier d'état civil qui l'inscrirait en marge de l'acte de naissance pour établir la filiation sans distinction entre celui ou celle qui a procréé et celui ou celle qui n'a pas procréé. Cette mention figurerait sur l'acte de naissance intégral mais ce dernier ne devrait être accessible qu'aux parents et à l'enfant. La filiation, qu'elle soit établie par la présomption de paternité, la reconnaissance, l'adoption ou la déclaration anticipée de filiation impliquerait les mêmes droits et obligations pour les enfants et les parents.

Dans son avis de juin 2018, le Conseil d'Etat remarquait que cette option donne toute sa portée à la volonté tout en créant une sécurité juridique. En outre, elle est simple et juridiquement cohérente puisqu'à un même mode de procréation, que le couple soit hétérosexuel ou homosexuel, répond un même mode d'établissement de la filiation. Elle n'établit pas de différences entre les deux mères. Elle fait primer le droit des enfants à connaître leurs origines sur la convenance des parents à ne pas révéler le mode de conception.

Le Conseil d'Etat fait remarquer que la déclaration commune anticipée de filiation apparaîtrait sur l'acte de naissance intégral, comme c'est le cas de tous les modes d'établissement de la filiation dont l'accès pourrait être réservé aux seuls parents et à l'enfant. Pour autant, cela impliquerait de faire perdre aux couples hétérosexuels la possibilité de ne pas révéler à leur enfant son mode de conception.

Cette solution permet d'envisager un cadre juridique cohérent pour que les enfants puissent accéder à leurs origines. Le rapporteur JL Touraine fait remarquer que les couples hétérosexuels pourraient percevoir ce nouveau mécanisme comme un recul, voire comme une discrimination car

- Elle supprime la possibilité pour ces couples d'établir leur lien de filiation selon les modes traditionnels (présomption de paternité et reconnaissance). Cela distingue les couples hétérosexuels ayant eu besoin d'un don de gamètes des autres couples hétérosexuels
- Elle fait perdre aux couples hétérosexuels la possibilité de ne pas révéler à leur enfant son mode de conception, la déclaration commune anticipée de filiation devant comme tous les modes d'établissement de la filiation apparaître sur la copie intégrale de l'acte de naissance.

C'est pourquoi le rapporteur préconisait que l'accès à la copie intégrale de l'acte de naissance soit réservé aux seuls parents et à l'enfant à sa majorité, les tiers en étant exclus. Ce serait dès lors, une incitation à révéler à l'enfant son mode de conception, en tout état de cause avant ses 18 ans.

Les associations qui défendent l'extension de la reconnaissance et de la présomption aux couples de femme estiment que la mention d'une déclaration de filiation fut-ce sur l'acte de naissance intégral seulement, constitue une discrimination et un risque de stigmatisation des enfants nés de PMA. Cette mention sur l'acte de naissance pointe publiquement qu'une tierce personne est intervenue dans leur conception et oblige les parents à révéler à leur enfant qu'il est né d'un don..

Au contraire, d'autres associations et d'autres personnalités dont je fais partie militent pour fonder la filiation sur l'engagement parental et pour que tous les enfants puissent avoir accès à l'information sur leurs origines. La mention sur l'acte de naissance que la filiation a été établie par déclaration anticipée de volonté permet de mettre fin à la rhétorique imposée depuis des décennies selon laquelle « être une famille comme les autres », c'est passer pour une famille biologique..

En résumé quels les arguments qui plaident pour une déclaration anticipée pour tous les couples ayant recours à la PMA ?

- Ce mode d'établissement de la filiation permet de commencer à fonder la filiation sur la volonté. Il permet de ne pas distinguer entre parent qui procréé et parent social. Les deux parents produisent la déclaration commune et rien ne vient distinguer les parents. .
- Il permet de quitter le modèle pseudo-procréatif ou on fait semblant d'avoir procréé ses enfants
- Ne distingue pas selon l'orientation sexuelle.
- Il permet d'influer sur les représentations sociales en indiquant que recourir au don est une façon légitime de faire famille
- Il permet à tous les enfants nés d'un don d'accéder à la connaissance de leurs origines

Quant aux inquiétudes exprimées par ceux qui critiquent cette solution, il faut rappeler que la mention de la DAV figurera sur la copie intégrale de l'acte de naissance et non sur les extraits. La copie intégrale ne sera accessible qu'aux parents et à l'enfant à sa majorité. De plus, il faut se rappeler que d'autres modes d'établissement de la filiation sont aussi indiquées en marge de l'acte intégral de naissance. L'adoption est mentionnée ainsi que la reconnaissance. Ces deux mentions pouvaient aussi produire une certaine stigmatisation. Il était indiqué noir sur blanc que l'enfant n'était pas né de l'union sexuelle de ses parents pour ce qui concerne l'adoption. Et pour ce qui concerne la reconnaissance, elle indiquait que les parents n'étaient pas mariés au moment de la naissance. Ça n'a plus d'importance aujourd'hui mais dans les années 50 ou 60, ça en avait. Mais petit à petit, les mentalités évoluent et les familles adoptives ou les familles en union libre sont devenues complètement légitimes. C'est ce qu'on peut espérer avec le don de gamètes.

3- La déclaration anticipée de volonté pour les mères lesbiennes

D'abord intitulée « déclaration anticipée de filiation », cette modalité applicable seulement aux couples de femmes était préconisée par le conseil d'état dans son étude de juin 2018 et dans son avis de juillet 2019. Le Conseil d'Etat préconise cette solution parce « **qu'elle ne soulève pas les mêmes difficultés dès lors que la question du secret de la conception ne se pose pas dans les mêmes termes s'agissant des couples de femmes.**

Cette solution qui fait coexister deux modes d'établissement de filiation selon que le couple est de même sexe ou non, traduit deux philosophies différentes. Dans le cas du couple de même sexe, la philosophie repose sur le rôle accru de la volonté. Ce mode d'établissement de la filiation serait inscrite sur l'acte de

naissance intégral, ne ferait aucune distinction entre les deux mères. La filiation dans ce cas serait fondée sur la volonté et l'engagement parental.

Dans le cas du couple hétérosexuel, la philosophie repose sur le mimétisme avec la procréation charnelle, c'est à dire la vraisemblance biologique.

Le gouvernement avait hésité entre une déclaration anticipée de filiation pour tous les couples ayant recours à la PMA avec tiers donneur et une déclaration anticipée de filiation spécifique pour les mères lesbiennes. Il avait soumis ces deux options à l'avis du Conseil d'Etat en juillet 2019⁹.

Le Conseil d'Etat préfère la solution d'un mode de filiation spécifique car « *est de nature à favoriser l'acceptation de la réforme* », comprendre qu'ainsi, on ne touche pas à l'établissement de la filiation des pères hétérosexuels infertiles en cas de recours à un don de gamètes, on continue à leur laisser faire sembler d'avoir procréé leur enfant. Le conseil d'état écrit à plusieurs reprises pour justifier sa préférence qu'il fallait laisser les parents ne pas révéler à leur enfant qu'il est issu d'un don.

C'est cette modalité d'établissement de la filiation qui est dans le projet de loi présenté au conseil des ministres le 24 juillet 2019. Le gouvernement ne veut pas toucher à la filiation des hétérosexuels. Pour le gouvernement, la justification tient au fait que « *le droit commun de la filiation est construit sur le modèle biologique, ou plus exactement, sur le modèle de la vraisemblance biologique* ».

Comme on ne veut rien toucher concernant la filiation des enfants nés d'un don de gamètes au sein d'un couple hétérosexuel pour que ce dernier puisse continuer à passer pour avoir procréé ensemble leurs enfants et comme on ne peut pas fonder la filiation sur la vraisemblance biologique pour les enfants des mères lesbiennes, le gouvernement a suivi la préférence du conseil d'état et a préféré la solution qui consiste à créer un mode d'établissement de la filiation spécifique pour eux avec la déclaration anticipée de volonté inscrite dans un titre VII bis du code civil.

Qu'il s'agisse des associations qui défendent l'extension de la reconnaissance/présomption de paternité ou celles qui défendent la déclaration anticipée de filiation pour tous les couples, l'opposition fut unanime pour dénoncer cette solution qui montre du doigt les lesbiennes en créant une filiation spécifique dans un titre VII bis du code civil.

Les associations et personnalités qui sont favorables à la déclaration anticipée de volonté pour tous les couples ayant recours à la PMA estiment que le choix du gouvernement constitue une discrimination selon l'orientation sexuelle ; que cette discrimination contrevient à l'universalisme habituellement en vigueur dans les lois républicaines. De plus, maintenir pour les couples hétérosexuels et les femmes seules un mode d'établissement de la filiation qui permet d'occulter le recours à un don de gamète constitue une discrimination de leurs enfants. Eux

⁹ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-bioethique>

ne pourront bénéficier du droit d'accès à leurs origines que selon le bon vouloir de leur parents de leur révéler le recours au don¹⁰.

Il faut noter que la plupart des juristes et professionnels de santé auditionnés par la commission spéciale bioéthique de l'assemblée nationale, ainsi que le CCNE et le défenseur des droits se sont eux aussi opposés à l'établissement d'un tel régime spécifique de filiation pour les couples de lesbiennes.

4- La reconnaissance commune anticipé pour les mères lesbiennes

Pour répondre au rejet de cette proposition spécifique aux couples de femmes en autorisant une filiation basée sur la volonté sans toucher à la filiation des hétérosexuels, Nicole Belloubet a proposé un compromis avec deux changements dans le projet de loi de bioéthique pour établir la filiation des enfants de lesbiennes nés par PMA.

La garde des Sceaux a indiqué que le gouvernement souhaitait permettre aux couples de lesbiennes ayant recours à la PMA de passer par une reconnaissance anticipée de l'enfant, comme c'est déjà le cas pour les couples hétérosexuels non-mariés. Cette reconnaissance anticipée devrait être faite devant notaire en même temps que le consentement au don.

Ensuite, de façon plus symbolique, Nicole Belloubet a déclaré que la filiation des enfants de couples de lesbiennes nés par PMA ferait partie du même article du code civil que celle des enfants d'hétérosexuels nés par PMA. La filiation de ces derniers reste inchangée. « Nous voulons donner de nouveaux droits aux femmes mais nous ne voulons pas porter atteinte aux couples hétérosexuels et à la manière dont leur mode d'établissement de la filiation est établi » a-t-elle déclaré. Dit autrement, ils peuvent ne pas révéler à leurs enfants qu'ils sont nés d'un don.

La reconnaissance commune sera inscrite sur l'acte de naissance comme elle l'est pour les reconnaissances paternelles. Il n'y aura pas de différence entre les deux mères si ce n'est que la mère qui a accouché apparaîtra en premier. Ce mode d'établissement de la filiation est fondée sur la volonté et l'engagement parental.

Enfin, Nicole Belloubet a indiqué que les couples qui se rendront à l'étranger pourront réaliser en France chez un notaire, une reconnaissance conjointe sur présentation d'un consentement si celui-ci avait eu lieu en France préalablement à la PMA.

Ces deux changements ont été adoptés à l'assemblée nationale lors du vote de l'article 4.

Les associations qui souhaitent la même filiation que les hétérosexuels ne sont pas satisfaites par ce compromis. Elles disent ne pas vouloir d'une filiation fondée sur la volonté et vouloir distinguer la mère qui accouche de la mère

¹⁰ (voir mon entretien dans mediapart du 25 juillet <https://www.mediapart.fr/journal/france/250719/pma-etre-parent-et-procreer-sont-deux-choses-differentes>)

sociale. Les autres associations qui souhaitent un mode d'établissement de la filiation fondée sur la volonté pour tous les couples ayant recours à la PMA souhaite étendre la reconnaissance anticipée de volonté aux couples hétérosexuels.

Les insuffisances de ce texte

L'accès à la PMA par les personnes transgenres¹¹

Cette question n'est pas tranchée par le projet de loi. Des amendements ont été présentés mais ont été repoussés. Seules les femmes transgenres dont le changement a été acté sur l'état civil, peuvent accéder à la PMA. Concrètement, seules celles qui sont en couple avec une femme peuvent en bénéficier. Le principe adopté est que seul compte le genre mentionné à l'état civil.

Un homme trans non opéré dont le changement de genre est acté sur l'état civil ne peut donc pas recourir à la PMA alors que tout comme une femme cisgenre, il pourrait porter un enfant.

Un homme trans en couple hétérosexuel avec une femme cisgenre peut recourir à la PMA depuis les années 1980. Pourra-t-il continuer à le faire ? Ces hommes trans s'ils renoncent à changer la mention de leur sexe à l'état civil auront accès à la PMA au regard de la loi parce qu'ils seront des femmes pour l'état civil. En refusant d'ouvrir l'AMP à toutes les personnes en capacité de porter un enfant et en refusant d'adapter le droit de la filiation, la loi risque donc de consacrer une double différence de traitement, en raison du sexe à l'état civil, et en raison de l'orientation sexuelle !

De plus la conservation des gamètes avant les traitements de transition qui peuvent conduire à une stérilisation n'est pas acquise. Tous les centres ne le permettent pas.

Une affaire à Montpellier a concerné une femme trans qui n'était pas opérée et a eu un troisième enfant avec son épouse. Elle avait eu les deux premiers en tant qu'homme. Le juge a refusé d'indiquer qu'elle était le père de ce troisième enfant, ni qu'elle en était la mère. Il a inventé la catégorie « parent biologique ».

La filiation des enfants déjà nés

Le principe de la reconnaissance conjointe anticipée du texte de loi **permet de sécuriser les enfants** nés chez les couples de femmes ayant pu faire la démarche devant un notaire. Mais il n'apporte **aucune solution pour tous les enfants déjà nés**.

Il y a certes la possibilité de l'adoption intraconjugale, mais il s'agit d'une procédure longue, fastidieuse et dont l'issue n'est pas toujours certaine. De plus, cette possibilité, déjà critiquée pour la situation de fragilité juridique qu'elle fait peser sur l'enfant pendant la durée de la procédure, n'existe pas pour les femmes vivant en union libre, séparées ou devenues veuves après la naissance de l'enfant.

En conséquence, il est **indispensable pour traiter à égalité tous les enfants de prévoir un mécanisme qui permette d'établir ou de compléter la filiation après la naissance**. En droit français, la procédure de reconnaissance de la

¹¹ Article Libération du 12 septembre https://www.liberation.fr/france/2019/09/12/en-france-on-a-completement-mis-de-cote-la-filiation-des-personnes-trans_1750723

possession d'état semble tout à fait répondre à ce besoin de protection. Mais elle n'est pas ouverte aux couples de même sexe. Notamment depuis un arrêt de la cour de cassation de mars 2018 qui interdit son application aux couples de même sexe. Or c'est la seule manière d'établir la filiation quand les parents sont séparés.

Il faudrait **modifier le code civil (l'article 6.1) pour ouvrir la possession d'état aux couples de même sexe afin de compléter le principe de la déclaration anticipée de volonté** pour que tous les enfants aient les mêmes droits en matière de filiation. La rapporteure Coralie Dubost a proposé un amendement en ce sens contre l'avis de la ministre. L'amendement n'a pas été adopté. Nicole Belloubet a argué que la possession d'état se base sur le fait que la femme en question passe pour la mère aux yeux de la société. Or, étant donné qu'il y a déjà une mère, ce critère ne serait pas rempli selon elle.

La filiation des enfants nés du recours à la PMA d'une mère solo

Si une femme seule a recours à la PMA, si elle est hétérosexuelle, un nouveau compagnon pourra établir la filiation par reconnaissance au risque d'une contestation possible puisqu'il n'est pas le géniteur de l'enfant, tandis que si elle est lesbienne, une nouvelle compagne ne le pourrait pas sauf par adoption intraconjugale.

Cela signifie que les compagnons des mères solo pourraient reconnaître l'enfant alors que les compagnes ne le pourraient pas. Il y a là une discrimination. La création d'une reconnaissance conjointe a posteriori réglerait ce problème et protégerait même les pères qui ne pourront plus voir leur filiation non sécurisée sauter sur la base du biologique.

Le recours à un donneur connu, encadrement du don dirigé¹²

Tous les couples de femmes n'ont pas recours à la PMA. Certaines ont recours à un donneur connu malgré l'insécurité juridique et les risques pour la santé de la femme et/ou de l'enfant. La motivation principale de ce choix est de permettre à leur enfant de connaître son géniteur, voir de le côtoyer régulièrement. Quant aux donneurs qui ont été interrogés dans une enquête menée en 2018, ils mettent en avant l'amitié qu'ils portent au couple de femmes et leur souhait de les aider. Quelques-uns ont précisé qu'ils n'auraient pas donné en dehors de ce contexte amical ou si le don avait été anonyme. Ces résultats laissent penser que sans que l'on puisse en estimer le nombre exact, il existe de nombreux hommes disposés à aider des femmes à devenir mères sans rester anonymes.

Cependant, le recours au don de gamètes hors parcours médicalisé comporte des risques pour la santé des femmes et/ou de l'enfant car le donneur peut être porteur d'une pathologie transmissible. Il peut aussi être infertile. Encadrer le don dirigé de sperme permettrait de réduire considérablement les risques sanitaires pour la femme qui porterait l'enfant et pour l'enfant lui-même.

¹² https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/08/19/jerome-courduries-martine-gross-pma-encadrons-le-don-dirige-de-gametes_5500605_3232.html

Cela permettrait aussi de sécuriser l'établissement de la filiation. En France, contrairement au contexte québécois par exemple¹³, cet homme qui a accepté de contribuer à la naissance d'un enfant sans le reconnaître, peut à tout moment changer d'avis et revendiquer sa paternité tant que l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère n'a pas été prononcée. Ceci empêcherait alors l'établissement de la double filiation maternelle. Si les mères peuvent craindre que le donneur change d'avis et reconnaisse l'enfant issu de son don, lui-même n'est pas protégé juridiquement tant que l'adoption intraconjugale n'a pas été prononcée. En effet, les mères ou l'enfant lui-même jusqu'à ses 28 ans, peuvent poursuivre le donneur pour faire établir sa filiation paternelle et éventuellement obtenir des subsides pendant la minorité de l'enfant. Encadrer le don dirigé de gamètes donnerait un cadre juridique et médical rassurant à ces pratiques qui, autrement, n'ont d'autre choix que celui d'arrangements fragiles.

Bien évidemment, l'encadrement du don dirigé concernerait aussi le don d'ovocyte.

L'encadrement du don dirigé de gamètes autoriserait un couple hétérosexuel ou lesbien ou encore une femme seule à venir avec un.e proche pour consentir ensemble, l'un.e à faire un don de gamète sans possibilité d'établir la filiation envers l'enfant né de ce don, les autres à recevoir ce don et à s'engager à devenir les parents de l'enfant qui en sera issu.

Le couple receveur ou la personne receveuse et le donneur ou la donneuse pourraient ensuite se présenter au centre d'AMP pour procéder aux examens médicaux et à l'insémination ou à la FIV.

A l'assemblée nationale, les amendements en ce sens ont été repoussés.

La filiation des enfants nés de GPA

Rien n'est prévu dans le projet de loi pour la reconnaissance par la France des états civils des enfants nés de GPA à l'étranger de parents français. Pourtant, cela figurait parmi les engagements du candidat Emmanuel Macron : « *Nous assurerons que les enfants issus de la GPA nés à l'étranger voient leur filiation reconnue à l'état-civil français, selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme* »¹⁴.

Sans revenir sur tout l'historique. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France en considérant que le refus de transcription des actes de naissance constituait une atteinte à « leur identité au sein de la société française ». Suite à cette condamnation, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en juillet 2015 pour se mettre en conformité avec la décision de la CEDH. La transcription de la filiation établie à l'étranger a dorénavant bien lieu mais à l'égard d'un seul parent, le père biologique. Quant au parent d'intention, la mère d'intention dans un couple de sexe différent ou le

¹³ Leckey, R. (2014), « Infiniment plus de choses dans la vie que dans la Loi : la reconnaissance des mères lesbiennes », *Droit et Société*, n° 86, p. 115-132.

¹⁴ <https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/familles-et-societe>

second père dans un couple d'hommes, il ou elle peut adopter l'enfant de son conjoint. Suite à une saisie de la cour de cassation, en avril 2019, la CEDH est d'avis qu'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention doit pouvoir être établi mais laisse les états décider du mode le plus adapté à condition qu'il soit rapide. La Cour de cassation a rendu un arrêt le 4 octobre 2019 qui consacre l'obligation de reconnaître la filiation de tous les parents. Selon la cour de cassation la voie de l'adoption intraconjugale est la voie à privilégier mais quand cela n'est pas possible d'autres voies sont acceptables comme la reconnaissance du jugement étranger. La Cour de cassation a ainsi reconnu la filiation des enfants du couple Mennesson compte tenu du temps passé depuis la naissance des enfants. L'adoption intraconjugale ne convient pas pour un certain nombre de couples, notamment ceux qui ne sont pas mariés. Il faut donc une évolution législative pour consacrer la possibilité de transcription en présence d'un jugement étranger sans que les couples aient à passer par des batailles juridiques sans fin. C'est le sens de certains amendements déposés dans le cadre de la révision des lois de bioéthiques.

Un amendement a été adopté qui reconnaît les jugements étrangers établissant la filiation comme équivalents à une adoption plénière. Le gouvernement a demandé que l'amendement soit à nouveau soumis à délibération. L'amendement a été rejeté. Nicole Belloubet s'est engagée à « trouver des solutions pour simplifier le recours à l'adoption et aller vers une plus grande célérité des procédures ».

Ce qui restera malgré tout en suspens

En admettant que le texte de loi soit amélioré en deuxième lecture avec

- Un même établissement de la filiation quelle que soit l'orientation sexuelle du couple
- La PMA pour les hommes transgenres qui peuvent porter un enfant
- L'extension de la possession d'état pour les enfants déjà nés
- L'encadrement du don dirigé
- La filiation des enfants nés à l'étranger du recours à la GPA

Il restera des familles homoparentales que le droit ne protégera pas :

- Les familles qui sont fondées en coparentalité. Rien n'est prévu dans la loi, ni dans le projet de loi pour permettre à un enfant d'avoir plus de 2 parents.
- Les familles qui ont recours à une insémination artisanale hors parcours médicalisé.