



HAL
open science

Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique

Marie Mesnil

► **To cite this version:**

Marie Mesnil. Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2020, 26, pp.66-69. hal-04042254

HAL Id: hal-04042254

<https://hal.science/hal-04042254>

Submitted on 23 Mar 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.

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes I, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique

Déposé à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019, le projet de loi de bioéthique y a été adopté en première lecture le 15 octobre 2019 et voté au Sénat le 4 février 2020. Alors que la deuxième lecture du texte reprend à partir du 6 juillet 2020, il s'agit de discuter de la restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules non mariées et plus particulièrement de sa justification tenant à l'existence de la présomption de paternité¹. En mettant cette restriction en perspective avec la reconnaissance conjointe votée en première lecture à l'Assemblée nationale pour établir la filiation des enfants des couples lesbiens², deux limites du projet de loi apparaissent clairement : toutes les femmes seules seraient hétérosexuelles et pour sécuriser la filiation des couples lesbiens, les filiations maternelles devraient être indivisibles -comme cela est en partie le cas avec la présomption de paternité.

L'article 1^{er} du projet de loi de bioéthique réalise une promesse de campagne du Président de la République et ouvre l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) à toutes les femmes -ou presque³.

Le sujet a été abordé dans la société sous cet angle et il a été question d'ouvrir l'AMP au bénéfice de toutes les femmes, indépendamment de leur statut conjugal ou de leur orientation sexuelle. Au contraire, le gouvernement d'abord et les parlementaires par la suite ont restreint l'accès aux techniques d'AMP aux femmes, en couple avec un homme ou avec une femme et aux femmes seules lorsqu'elles ne sont pas mariées. Le projet de loi voté en première lecture à l'Assemblée nationale prévoit ainsi de réécrire l'article

L. 2141-2 du Code de la santé publique afin qu'il dispose que « tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation ». Le Sénat a repris les mêmes formulations mais a conservé la distinction, pourtant très contestable, entre les couples formés d'un homme et d'une femme dont l'infertilité serait pathologique et les couples formés de deux femmes ou les femmes non mariées. Pour avoir accès à l'AMP en tant que femme seule, il serait donc nécessaire que cette femme ne soit pas mariée. Cette exigence tranche nettement avec l'esprit des textes en matière d'AMP qui ne restreignent pas l'accès ou l'usage des techniques reproductives en fonction des formes juridiques du couple bénéficiaire. Il était seulement nécessaire jusqu'à la suppression de cette condition, à l'occasion de la révision des lois de bioéthique de 2011, que les couples non mariés justifient de deux ans de vie commune. Plus que la restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules uniquement lorsqu'elles ne sont pas mariées, c'est la justification avancée qui mérite d'être analysée. Celle-ci a été explicitée lors des débats parlementaires. Ainsi, la ministre de la justice, Nicole Belloubet, se réfère explicitement à l'avis rendu par le Conseil d'État à ce sujet⁴ : « le Conseil d'État nous a incités à faire le choix des termes « femme non mariée » parce que les incidences juridiques du recours à l'AMP ne sont pas les mêmes selon qu'une femme est mariée ou non. Dès lors qu'elle est mariée, la présomption de paternité joue. Si le mari n'est pas d'accord ou n'est pas informé, cela soulèvera évidemment des problèmes alors que pour les femmes non mariées, qu'elles soient pacées, en concubinage ou en union libre, la présomption de paternité ne joue pas »⁵.

La restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules lorsqu'elles ne sont pas mariées est justifiée par l'existence d'une présomption de paternité à l'égard du mari. Cette justification met, semble-t-il, à l'épreuve la cohérence du projet de loi de bioéthique tel qu'adopté en première lecture. En effet, celui-ci ouvre l'accès à l'AMP aux femmes lesbiennes tout en leur refusant le bénéfice des règles d'établissement de la filiation applicables aux couples hétérosexuels ayant recours à un don de sperme. Il est ainsi refusé qu'au sein des couples de femmes mariés puisse exister une présomption légale de co-maternité. Au contraire, l'Assemblée nationale a voté la création d'un nouveau mode d'établissement de la filiation, tout à fait inédit, qui crée une indivisibilité

1 - L'autrice tient à remercier ses collègues Marie-Xavière Catto et Laurence Brunet pour leur précieuse relecture.

2 - Sur les différentes options en matière de filiation et les limites de la solution votée en première lecture par le Sénat, voir not. Laurence Brunet, L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale, *JDSAM*, n°25, avril 2020, pp. 11-18.

3 - Marc Pichard, « Toutes les femmes » ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, *D.*, 2019, p. 2143.

4 - Conseil d'Etat, [Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique](#), NOR : SSAX1917211L, 18 juill. 2019, n° 13 : « si le dispositif retenu est ouvert à toute femme, quelle que soit sa situation, il est nécessaire de préciser que la femme menant seule un projet d'assistance médicale à la procréation ne peut être mariée, afin d'éviter tout effet de ce projet sur son conjoint qui n'y aurait pas pris part, notamment en matière de filiation par le jeu de la présomption de paternité du mari ».

5 - Ass. nat., Rapp. fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2243, 14 sept. 2019, t. 2, p. 64.

des filiations maternelles. L'indivisibilité des filiations est intéressante car elle existe en partie pour les couples hétérosexuels mariés et sert justement d'argument pour restreindre l'accès à l'AMP aux seules femmes non mariées.

La limitation de l'accès à l'AMP aux femmes seules qui ne sont pas mariées semble reposer sur une lecture biaisée du mécanisme de la présomption de paternité et viendrait contredire la reconnaissance par la loi des droits et libertés procréatifs des femmes lesbiennes. C'est ce que l'on voudrait montrer en mettant en perspective l'accès à l'AMP des femmes non mariées et les règles d'établissement de la filiation retenues en première lecture par l'Assemblée nationale pour les couples lesbiens : il apparaît alors, d'un côté, que les femmes non mariées sont toutes présumées être hétérosexuelles (I) et, de l'autre, que la filiation pour les couples lesbiens, mariés ou non, est affectée d'une indivisibilité absolue qui peut apparaître aussi bien anachronique qu'inopportune (II).

I. La présomption d'hétérosexualité de la femme non mariée

L'exclusion des femmes non mariées, au nom de la présomption de paternité qui imposerait une filiation à l'égard du mari, traduit une conception hétéro-normée du droit. Autrement dit, il est présupposé que toutes les femmes mariées qui souhaiteraient accéder à l'AMP sont hétérosexuelles.

En ce sens d'ailleurs, lorsqu'il est question de la filiation des enfants conçus par don de sperme par une femme seule, le Conseil d'État, dans son rapport du 28 juin 2018, admet que « l'autorisation de l'AMP pour les femmes seules n'implique aucun aménagement particulier du droit de la filiation, le droit commun permettant de répondre à l'ensemble des situations envisageables. Il est logique en effet de laisser vacante la filiation dans la branche paternelle pour permettre un établissement postérieur de la filiation par un homme dépourvu de lien biologique à l'égard de l'enfant, ce dans l'intérêt de ce dernier »⁶. Dans son avis du 18 juillet 2019, le Conseil d'État envisage également que l'établissement d'une deuxième filiation à l'égard de l'enfant se fasse par adoption plénière dans le cas où la femme ne serait pas en couple hétérosexuel. Dans l'ensemble, cette hypothèse n'est que peu reprise lors des débats parlementaires : il est présumé, comme une évidence, que les femmes seules qui pourraient avoir recours à l'AMP sont hétérosexuelles.

6 - Conseil d'État, [Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?](#), Rapport de la section du rapport et des études, 28 juin 2018, p. 58 ou encore Conseil d'État, [Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique](#), NOR : SSAX1917211L, 18 juillet 2019, p. 12, §38 : « Le mode d'établissement de la filiation des enfants nés dans le cadre d'un couple composé d'un homme et d'une femme ayant eu recours à l'assistance à la procréation médicalement assistée demeure régi par les dispositions du Titre VII du code civil (consentement à l'AMP, présomption de paternité du mari, reconnaissance par le père biologique non marié). Ces dispositions s'appliquent aussi à la femme non mariée ayant recours à la procréation médicalement assistée, dans la mesure où elles sont propres à régir sa situation ».

Cette perspective pourrait paraître d'autant plus paradoxale qu'au même moment l'article 1^{er} du projet de loi étend également l'accès aux techniques d'AMP aux couples lesbiens. Pourtant, il n'y a aucune incohérence au regard de l'autre parti-pris du texte qui consiste pour la version votée par l'Assemblée nationale à créer un nouveau mode d'établissement de la filiation spécifique aux couples lesbiens. L'article 4 du projet de loi, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale, prévoit que les couples de femmes fassent une reconnaissance conjointe devant le notaire en même temps que le recueil du consentement au don. La reconnaissance conjointe remise à l'officier de l'état civil permettrait ensuite, en l'indiquant dans l'acte de naissance de l'enfant, d'établir la filiation de celui-ci à l'égard de chacune d'elles. Le dispositif est assez semblable à celui qui avait été proposé initialement par le gouvernement ; à son initiative, lors des débats parlementaires, le dispositif a simplement été renommé et déplacé au sein du titre VII du Code civil relatif à la filiation. Ces modifications visaient à répondre aux critiques dénonçant un dispositif spécial et dérogatoire pour les seuls couples lesbiens, stigmatisant leurs enfants. Les consultations, rapports et avis ayant précédé la présentation du projet de loi bioéthique ont tous rapidement écarté la possibilité d'étendre le dispositif dont bénéficient, depuis 1994, les couples hétérosexuels qui ont recours à un don de sperme : le recueil du consentement devant le notaire permet d'une part d'informer les parents des conséquences du don en termes de filiation et pourra servir de preuve par la suite pour établir judiciairement la paternité de l'homme stérile qui ne l'aurait pas fait volontairement et empêcher l'établissement de tout lien de filiation à l'égard du donneur de sperme. L'établissement de la filiation de l'enfant se fait selon les règles de droit commun du titre VII du Code civil, comme pour tous les autres enfants : la femme qui accouche voit son nom mentionné dans l'acte de naissance tandis que le nom de son mari permet d'établir, par présomption, sa paternité là où les hommes non mariés devront reconnaître l'enfant.

Les couples lesbiens pourraient bénéficier, sur présentation du consentement au don à l'officier d'état civil, de ces modes d'établissement de la filiation. Cette solution n'a pourtant pas été retenue : dans le cadre des travaux préparatoires à la loi de bioéthique, il a été clairement souligné que la présomption de paternité ne joue -et ne peut jouer- qu'au sein des couples mariés hétérosexuels. Il apparaît alors que la restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules lorsqu'elles ne sont pas mariées ne vise en fait, au regard de sa justification, que les femmes hétérosexuelles. Il s'agit bien d'une conception hétéro-normée du droit qui présume que toutes les femmes sont hétérosexuelles et qui décline les règles de droit en conséquence.

Par ailleurs, la manière de concevoir le jeu de la présomption de paternité -autant que le nouveau mode d'établissement de la filiation qu'il est proposé de créer par l'Assemblée nationale- témoigne d'une conception de la filiation qui serait indivisible.

II. L'indivisibilité des filiations maternelles en question

La mise en œuvre du mécanisme de présomption de paternité repose sur une indivisibilité de la filiation : pour que la filiation paternelle soit établie à l'égard du mari de la femme qui accouche par présomption de paternité, il faut nécessairement que la filiation maternelle ait été établie. Aux termes de l'article 312 du Code civil, « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari » de la mère. Si la filiation paternelle découle de l'existence de la filiation maternelle, il est toutefois possible pour le mari d'établir sa filiation autrement que par présomption, notamment dans l'hypothèse où la filiation maternelle ne serait pas établie. Dans cette hypothèse où le père aurait fait une reconnaissance prénatale, l'établissement de la filiation paternelle n'emporte pas établissement de la filiation à l'égard de la femme qui accouche⁷. L'indivisibilité ne joue que dans un sens, en faisant découler la paternité de la maternité juridiquement établie de la femme mariée. L'indivisibilité est par ailleurs uniquement partielle. En effet, l'établissement de la filiation à l'égard de la femme mariée n'emporte pas toujours l'établissement de la filiation paternelle à l'égard du mari. La présomption de paternité est exclue dans les situations visées à l'article 313 du Code civil, en l'absence d'indication du nom du mari en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant ou lorsque la conception de l'enfant est intervenue au cours d'une période de séparation légale des époux. Ces règles signifient que la femme mariée pourrait avoir recours à un don de sperme dans le cadre de l'AMP et qu'en absence de mention du nom du mari dans l'acte de naissance ou s'ils sont dans une période de séparation légale, aucun lien de filiation ne serait établi à l'égard du mari. Toutefois si celui-ci se comporte comme le père de l'enfant et que ce dernier n'a pas une filiation déjà établie à l'égard d'un tiers alors la présomption de paternité sera rétablie de plein droit, selon l'article 314 du Code civil. Autrement dit, le mari sera libre d'être -socialement et juridiquement- le père de l'enfant : il pourra laisser la présomption de paternité jouer ou pourra contester le lien de filiation établi par la mention de son nom dans l'acte de naissance en apportant la preuve qu'il n'est pas le géniteur de l'enfant. En revanche, s'il se comporte comme le père et que son nom a été mentionné dans l'acte de naissance, il ne pourra plus remettre en cause le lien ainsi créé.

Les règles de fonctionnement de la présomption de paternité montrent que le système de filiation repose sur un équilibre entre institutions juridiques (le mariage), réalités sociales (la période de séparation légale ou l'absence de mention du nom du père laissant supposer que le mari n'est pas le père et au contraire, la possession d'état

permet au mari qui se comporte comme tel d'être le père) et fondement biologique (qui ne sera finalement recherché qu'en cas de contentieux si la prescription n'est pas acquise). Autrement dit, l'indivisibilité des filiations maternelle et paternelle n'est que très limitée en mariage : elle existe pour faciliter l'établissement de la filiation paternelle à l'égard du mari mais ce mécanisme ne rend pas la paternité du mari systématique. Au regard de ces éléments, il paraît donc peu pertinent d'exclure les femmes mariées de l'accès à l'AMP de manière générale lorsqu'elles souhaitent y accéder en tant que femmes seules ; cela traduit une mauvaise connaissance des règles relatives à la présomption de paternité et une adhésion anachronique à une vision de la filiation qui serait indivisible en mariage, quand elle n'existe plus actuellement en droit français.

Cette manière d'appréhender les filiations comme étant indivisibles se retrouve pourtant dans le nouveau mode d'établissement de la filiation créé de toutes pièces pour les seuls couples lesbiens, ce qui ne manque pas de poser de sérieuses difficultés juridiques. L'article 4 du projet de loi tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale prévoit en effet de créer une reconnaissance conjointe qui permettrait d'établir conjointement et simultanément les deux filiations. Pour le Conseil d'État, il s'agit d'une « innovation majeure (...), l'introduction dans le droit de la filiation d'une parentalité par effet de la volonté »⁸ : l'objectif affiché est en effet d'établir la filiation de la même manière pour les deux femmes, indépendamment de la forme juridique de leur couple ou de leur contribution biologique à la naissance de l'enfant. Ainsi, la filiation de la seconde femme est établie immédiatement et simultanément à celle de la femme qui accouche, ce qui tranche nettement avec l'état du droit positif qui suppose actuellement de recourir à la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe. Si le dispositif envisagé est incontestablement une avancée majeure, la création d'un nouveau mode d'établissement de la filiation ne paraît pas justifié : la filiation de la femme qui n'a pas porté l'enfant pourrait être établie par le biais des règles existantes⁹. En outre, la déclaration conjointe pose une sérieuse difficulté juridique car elle établit nécessairement les deux filiations maternelles en même temps : autrement dit, la seconde femme ne peut pas devenir mère sans que la production de la déclaration n'établisse, par ce biais mentionné sur l'acte de naissance, un lien de filiation à l'égard de la femme qui a accouché. Cette indivisibilité peut être problématique dans des situations difficiles : en cas de conflit entre les femmes, si la femme qui accouche a établi sa filiation, comme toutes les autres femmes, en mentionnant son nom dans l'acte de naissance, faudrait-il procéder à une rectification judiciaire pour mentionner la reconnaissance conjointe alors que le lien de filiation n'est pas contesté ? Par ailleurs, si la femme enceinte demande à accoucher dans le secret, la seconde

7 - Voir en ce sens les hypothèses d'accouchement dans le secret avec reconnaissance prénatale comme dans l'affaire Benjamin. Pour la première chambre civile de la Cour de cassation, « la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec efficacité au jour de la naissance » mais reste sans incidence sur l'absence de filiation maternelle (Civ. 1^{re}, 7 avr. 2006, n° 05-11.285).

8 - Conseil d'État, [Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique](#), NOR : SSAX1917211L, 18 juillet 2019, p. 15, §42.

9 - Collectif de juristes et d'associations, « PMA : de futurs enfants stigmatisés par le droit ? », *Le Monde*, 2 mai 2019.

femme n'aura pas d'autre choix pour établir sa filiation que de produire la reconnaissance conjointe à l'officier d'état civil, mais cela conduirait à établir un double lien de filiation maternelle. L'indivisibilité des filiations maternelles priverait ainsi les femmes lesbiennes ayant recours à un don de sperme de la possibilité d'accoucher dans le secret. Ces éléments questionnent d'autant plus que l'indivisibilité des filiations n'est pas un principe juridique qui s'impose et il ne présente *a fortiori* aucun intérêt pratique. Dans le cas du recours à un don de sperme par un couple hétérosexuel non marié, le consentement au recours au don, recueilli par le notaire, suffit comme moyen de preuve pour empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du donneur et forcer -si cela paraît opportun à la femme- l'établissement de la filiation paternelle.

Les travaux réalisés par la commission spéciale de l'Assemblée nationale lors de la deuxième lecture du texte ont permis de prendre acte d'une partie des difficultés posées par l'indivisibilité des filiations maternelles. S'il serait toujours nécessaire pour « le couple de femmes [de] reconnaît[re] conjointement l'enfant » devant le notaire au moment du consentement au don, la filiation serait ensuite établie à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25 du code civil et de l'autre femme par la reconnaissance conjointe.

Ce nouveau mode d'établissement de la filiation n'aurait alors de conjoint plus que le nom puisque les filiations maternelles ne seraient plus indivisibles. En revanche, le caractère anticipé de la reconnaissance demeure. Il s'agit en effet d'une reconnaissance conjointe anticipée qui doit être réalisée avant le début du parcours d'AMP, bien avant la conception et la naissance de l'enfant. Cela conduirait ainsi à ce que la filiation soit établie par un acte qui pourrait avoir été réalisé plusieurs mois voire années avant la naissance de l'enfant... Or de nombreux événements peuvent intervenir entre les deux femmes du couple pendant cette période. En outre, la création de la reconnaissance conjointe anticipée comme nouveau mode d'établissement de la filiation n'est aucunement nécessaire. Il serait en effet possible d'utiliser le consentement au don comme moyen de preuve pour permettre à la femme qui n'a pas accouché de reconnaître l'enfant devant l'officier d'état civil.

La restriction de l'accès à l'AMP aux femmes seules uniquement lorsqu'elles ne sont pas mariées n'est pas une erreur de plume car les débats parlementaires ont montré que cette condition était réfléchie et justifiée au regard de l'existence de la présomption de paternité. S'agit-il de manière incidente, d'une revalorisation de la vocation familiale du mariage et d'un retour d'une forme d'incapacité des femmes mariées¹⁰ ? Cette restriction et sa justification témoignent surtout de la volonté de préserver un ordre social rêvé, fondé sur la supposée hétérosexualité de toutes les femmes

et la préservation des intérêts de leurs maris à ne pas être pères contre leur volonté et/ou du fait des manipulations de leurs épouses. Au regard de ces éléments, la restriction de l'accès à l'AMP des femmes mariées, qui aurait pu paraître paradoxale au premier abord, est au contraire parfaitement cohérente avec la création par l'Assemblée nationale en première lecture d'un mode d'établissement de la filiation *sui generis* pour les seuls couples lesbiens. Quant à ce nouveau mode d'établissement de la filiation, il pose de sérieuses difficultés. Au-delà de l'effet stigmatisant produit par la création d'une filiation spécifique aux enfants des couples lesbiens, l'indivisibilité des filiations maternelles qu'impose la reconnaissance conjointe, qui constitue un bouleversement majeur du droit de la filiation, prive *in fine* les femmes lesbiennes de la possibilité d'accoucher dans le secret. Aux difficultés actuelles d'établir la filiation à l'égard de la seconde femme succéderont demain les difficultés à imposer aux deux femmes une indivisibilité des filiations maternelles et une reconnaissance nécessairement anticipée, qui remonte à plusieurs mois voire années : parfois le mieux est l'ennemi du bien.

Marie Mesnil

10 - Marc Pichard, « Toutes les femmes » ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, D., 2019, p. 2143.