



**HAL**  
open science

## Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français

Marie Mesnil, Laurie Marguet

### ► To cite this version:

Marie Mesnil, Laurie Marguet. Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français: Filiations, origines et parentalité (Rapport Théry et Leroyer). La Revue des droits de l'Homme, 2013, 10.4000/revdh.834 . hal-04053893

**HAL Id: hal-04053893**

**<https://hal.science/hal-04053893>**

Submitted on 31 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.

## Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français

Filiations, origines et parentalité (Rapport Théry et Leroyer)

Laurie Marguet et Marie Mesnil

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/834>

DOI : 10.4000/revdh.834

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Laurie Marguet et Marie Mesnil, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 juin 2014, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/834> ; DOI : 10.4000/revdh.834

---

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

---

# *Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français*

Filiations, origines et parentalité (Rapport Théry et Leroyer)

Laurie Marguet et Marie Mesnil

---

- 1 L'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, dite Loi Taubira, permet pour la première fois en droit français **l'établissement de liens de filiation à l'égard de deux parents de même sexe**<sup>1</sup>. En effet, les couples de personnes de même sexe peuvent désormais bénéficier des mécanismes d'adoption réservés aux couples mariés, à savoir l'adoption conjointe ou l'adoption de l'enfant du conjoint, en la forme simple ou plénière.
- 2 Depuis 1966<sup>2</sup>, l'adoption d'un enfant par une personne célibataire est autorisée et par ce biais, certaines personnes homosexuelles peuvent accéder à la parenté. Par ailleurs, un refus d'agrément motivé par l'homosexualité de la requérante est jugé discriminatoire par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>. En revanche, l'accès aux autres dispositifs, notamment l'adoption simple de l'enfant du conjoint qui n'entraîne pas un transfert de l'autorité parentale du conjoint à l'adoptant<sup>4</sup>, était refusé par les juges de la Haute juridiction judiciaire aux couples de femmes pacsées<sup>5</sup>. Les juges constitutionnels ont estimé qu'il ne s'agissait pas d'une discrimination, renvoyant au législateur le soin d'apprécier si les couples de personnes homosexuelles et les couples de personnes hétérosexuelles étaient placés dans la même situation<sup>6</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît également aux Etats membres une large marge d'appréciation dans ce domaine et ne juge pas que l'impossibilité d'établir un second lien de filiation pour les couples de personnes de même sexe soit discriminatoire<sup>7</sup>. De même, concernant les situations acquises à l'étranger, l'adoption d'un enfant par un couple de personnes de même sexe ne peut être reconnue en France car cela constituerait une contrariété à l'ordre public international selon la Cour de cassation<sup>8</sup>. Jusqu'à la loi du 17 mai 2013, les familles dont les enfants sont élevés par deux personnes de même sexe ne sont dès lors pas reconnues juridiquement en raison du caractère nécessairement hétérosexué de la filiation bilinéaire. Les soixante députés et soixante sénateurs qui ont déféré la loi Taubira

au Conseil constitutionnel faisaient notamment valoir une violation du « *principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle* » et du « *droit constitutionnel de tout enfant à voir sa filiation établie à l'égard de son père et de sa mère* »<sup>9</sup>.

- 3 Les juges de la rue de Montpensier ont considéré que « *le législateur, compétent pour fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes en application de l'article 34 de la Constitution, a estimé que l'identité de sexe des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive* »<sup>10</sup>. Le Conseil constitutionnel écarte par conséquent le « *grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de 'caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle'* » et celui « *tiré de la méconnaissance d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère* »<sup>11</sup>.
- 4 **Désormais, les couples mariés de personnes de même sexe peuvent adopter conjointement un enfant ou adopter l'enfant de leur-e conjoint-e. Toutefois, seuls les mécanismes d'adoption permettent l'établissement de liens de filiation à l'égard de parents de même sexe.** En effet, l'article 6-1 du Code civil introduit par la loi du 17 mai 2013 dispose expressément que « *les (...) effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre 1er du présent code, [s'appliquent] que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ». Ainsi, les dispositions relatives à la filiation –à l'exception de la filiation adoptive– ne peuvent bénéficier aux couples de personnes de même sexe.
- 5 Néanmoins, la loi du 17 mai 2013 ne contient aucune disposition relative à l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA). Pendant les débats parlementaires, divers amendements avaient été déposés soit pour permettre l'accès à ces techniques aux couples de femmes<sup>12</sup> ou, au contraire, pour y faire obstacle<sup>13</sup> en proposant notamment d'inscrire en exergue du Code civil « *le droit fondamental [de l'enfant] de se voir reconnaître un père et une mère* »<sup>14</sup>. Par la suite, les députés et sénateurs à l'origine du déferrement de la loi aux juges constitutionnels ont fait valoir l'incohérence et l'inintelligibilité des dispositions introduites par le nouveau texte de loi en absence de modification concernant la présomption de paternité, la procréation médicalement assistée et la gestation pour le compte d'autrui<sup>15</sup>. En outre, la possibilité désormais reconnue d'adopter l'enfant du conjoint constituerait, selon eux, une incitation pour les couples de personnes de même sexe « *à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française* »<sup>16</sup>. Pour autant, le Conseil constitutionnel a rejeté ces griefs et renvoyé au législateur la responsabilité d'apprécier la différence de traitement entre les couples de personnes de même sexe et les couples formés d'un homme et d'une femme au regard de l'accès aux techniques reproductives<sup>17</sup>.
- 6 **Au terme de l'adoption de la loi du 17 mai 2013, la question de l'accès aux techniques de PMA pour les couples de femmes et les femmes seules reste en suspens.** L'ouverture de la PMA ne concerne que les femmes dans la mesure où elles peuvent, après un don de sperme, seules mener à terme une grossesse. Dans le cas des couples d'hommes ou des hommes seuls, le recours à une gestation pour autrui (GPA) serait nécessaire. En l'état actuel du droit, la GPA est prohibée et constitue un sujet très clivant, qui semble loin d'être mis à l'agenda politique. Au contraire, concernant la PMA, un avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) est attendu. Le CCNE s'est en effet autosaisi du sujet des indications sociétales à la PMA lors de la séance plénière du 24 janvier 2013 et le Président de la République a déclaré vouloir attendre et suivre cet avis..

De plus, en octobre 2013, la ministre déléguée chargée de la famille, Dominique Bertinotti, a demandé à la sociologue Irène Théry et à la juriste Anne-Marie Leroyer de former un groupe de travail « *Filiation, origines, parentalité* » en prévision de la future « loi famille ». Le cahier des charges définit les deux principaux axes de travail du groupe, à savoir d'une part « *appréhender les métamorphoses contemporaines de la filiation, analyser la diversité de ses modalités d'établissement, ainsi que les questions qu'elles soulèvent* » et d'autre part, envisager « *les situations dans lesquelles sont impliquées des personnes qui ne sont pas les parents de l'enfant au sens de la filiation* ». Le second axe regroupe deux thématiques très différentes puisqu'il s'agit de la question de la reconnaissance de l'accès aux origines des enfants adoptés et des enfants nés à la suite d'un don de gamète, et de celle de la reconnaissance de la place des beaux-parents dans l'éducation des enfants.

- 7 **Le rapport Théry-Leroyer, du nom de sa présidente et de sa rapporteure, a été rendu public début avril 2014. Il livre dans un premier volet des « analyses et préconisations sur deux thèmes précis : l'accès aux origines et la place familiale des beaux-parents. Le second [objectif] était d'aller au-delà, et de proposer au débat public et politique une réflexion prospective sur la filiation en général »**<sup>18</sup>. Le groupe de travail réunit des professeurs et chercheurs de disciplines variées –psychiatres, philosophes, juristes et sociologues...– et associe des médecins spécialistes de la PMA. De nombreuses associations ont été auditionnées afin qu'elles puissent exposer au groupe de travail leurs revendications. Cette méthode aboutit à des propositions très concrètes, allant jusqu'à retenir la valeur accordée aux institutions par les parties prenantes. Aussi, l'adoption simple pouvant être perçue comme une « sous adoption », il est proposé d'en clarifier les effets<sup>19</sup>. Plus généralement, les propositions faites par le groupe de travail s'inscrivent pleinement dans la continuité des travaux menés par Irène Théry : des développements conséquents sont consacrés au démariage<sup>20</sup>, les propositions reprennent la distinction entre engendrement et procréation<sup>21</sup> et visent notamment à reconnaître le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés à la suite d'un don de gamète<sup>22</sup>. La part prise par les juristes au sein du groupe de travail a permis *in fine* d'émettre des recommandations très abouties, à même de s'intégrer au sein du corpus de droit positif.
- 8 Le rapport intitulé « Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » nous dit reposer autant sur le principe de responsabilité que sur celui de la transmission entre les générations. Non explicitées, ces valeurs nous semblent traduire un souci constant de respecter l'histoire personnelle des individus en leur permettant d'accéder à leurs origines. Cette volonté de transparence s'accompagne d'une préoccupation de clarification de la place de chacun-e au sein de la famille. Il s'agit à la fois d'accorder une place aux beaux-parents et d'établir la filiation selon différentes modalités en mesure de traduire la réalité du processus d'engendrement. Ces modalités d'établissement de la filiation et la consécration du droit à la connaissance de ses origines apparaissent alors comme deux outils puissants pour traduire une partie de cette histoire. Nous nous intéresserons en particulier à ces deux thématiques –à savoir les réflexions prospectives sur la filiation et celles sur l'accès aux origines– dans la mesure où elles permettent une remise en cause du modèle du « ni vu ni connu » sous-tendant actuellement par le droit de la PMA en France.
- 9 Malgré ces insuffisances, le rapport remet opportunément en cause le modèle pseudo-procréatif qui préside au droit de l'adoption<sup>23</sup> (notamment après un accouchement sous X) ou de la PMA. **Le droit entretient en effet l'illusion que l'enfant a été biologiquement engendré par ses deux parents. Or le maintien d'un tel dispositif,**

qui vise *a fortiori* la promotion d'une conception familiale hétéronormée et traditionnelle<sup>24</sup>, est hypocrite, et le rapport préconise de l'abandonner. Il milite pour un nouveau statut de la PMA, qui passerait d'une logique du « ou » (celle actuellement voulue par le législateur qui –pensant devoir choisir entre le donneur ou le père– décide d'invisibiliser le donneur) à une logique du « et » (le donneur et le père ont des rôles complémentaires<sup>25</sup>). La consécration du droit à la connaissance des origines est proposée (2°) concomitamment à une réforme plus générale des dispositions relatives à la PMA qui s'intègre dans des réflexions d'ensemble sur la filiation (1°).

## 1°/- Pour une réforme de la PMA

- 10 Dans le premier volet du rapport relatif aux « réflexions prospectives sur la filiation »<sup>26</sup> deux propositions importantes sont faites concernant le cadre juridique relatif aux techniques de PMA. D'une part, le rapport s'intéresse aux conditions d'accès aux techniques de PMA et préconise l'ouverture de la PMA aux couples de femmes (A). D'autre part, les effets de ces techniques en termes d'établissement de la filiation sont pris en compte pour l'ensemble des couples ayant recours à des dons de gamètes (B).

### A – L'ouverture de la PMA aux couples de femmes

- 11 L'ouverture de la PMA à tous les couples est proposée (2) après une réflexion d'ensemble sur le rôle de la médecine de la reproduction lorsque la réalisation du projet parental nécessite le recours à des dons de gamète (1).

#### Pour en finir avec le cadre thérapeutique du don

- 12 **Actuellement, toutes les techniques de PMA sont pensées dans un cadre thérapeutique.** En effet, l'accès à la PMA n'est possible que sur indications médicales. Celles-ci sont de deux types : la PMA « a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité »<sup>27</sup>. En outre, « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »<sup>28</sup>. Le rapport démontre de quelle manière « la place accordée (...) à une représentation 'thérapeutique' de l'AMP » a transformé « l'engendrement avec tiers donneur en pseudo-procréation charnelle du couple receveur »<sup>29</sup>. Le don de sperme, pensé sur le modèle du don de sang, nie la spécificité du don d'engendrement et conduit à tenir à l'écart des réflexions la question de la filiation.
- 13 La négation de la spécificité du don d'engendrement conduit à reprendre le tryptique des principes bioéthiques qui préside à l'ensemble des dons de produits et éléments du corps humain, à savoir « consentement, gratuité et anonymat ». Ces principes et l'anonymat en particulier sont souvent présentés comme la clef de voûte du système bioéthique. Toutefois, il convient d'en relativiser la portée. Par exemple, le don d'organe entre vifs exclut l'anonymat dans la mesure où il se pratique entre proches. De même, la gratuité ne concerne que le donneur car, par la suite, les éléments et produits font l'objet d'un prix. Le principe d'anonymat prend une signification particulière au sein du droit de la PMA dans la mesure où il permet de pérenniser le système du « *ni vu ni connu* » en donnant une nouvelle spécification aux « personnes susceptibles d'être acceptées en AMP, et en particulier de recevoir des dons de gamètes »<sup>30</sup>. Le rapport explique ainsi que « ce double niveau (englobant :

le don de gamètes est un don comme les autres/englobé : c'est un don spécifique) permet de comprendre l'ambiguïté qui règne autour de la référence à la stérilité du couple. D'un côté, cette notion permet de sélectionner le type de couple accepté : la 'stérilité pathologique' d'un couple ne pouvant concerner qu'un couple hétérosexuel. La référence au traitement (niveau englobant, non spécifique) permet alors de justifier ce choix en termes purement médicaux : en France on traite des pathologies, on ne fait pas de médecine 'de convenance'. Mais le recours au don de gamètes ou d'embryon (niveau englobé, spécifique) indique bien que, justement, dans ce cas il ne s'agit aucunement de traiter une pathologie au sens propre du terme. À la différence de ce qui se passe dans l'AMP intraconjugale, le recours au don de gamètes ne soigne et ne guérit rien de cette stérilité 'pathologique'. Il la contourne par une pratique sociale : le recours à un géniteur externe au couple »<sup>31</sup>.

- 14 **C'est dans le cadre d'une remise en cause globale du modèle pseudo-procréatif sur lequel repose le droit de la PMA et en particulier de l'aspect thérapeutique du don de sperme que le rapport préconise l'ouverture de la PMA aux couples de femmes.** Ainsi, il s'agirait de « renoncer à la définition du don de gamètes comme une supposée 'thérapie', à ce titre réservée aux couples souffrant d'une stérilité pathologique médicalement constatée. Dans ce cadre, permettre l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes »<sup>32</sup>. Sur ce point, le rapport semble s'arrêter au milieu du gué : la déconstruction des techniques de PMA comme relevant du thérapeutique ne devrait pas concerner uniquement celles nécessitant un don de gamète. De manière plus générale, les techniques de PMA relèvent toutes de la même logique, éminemment sociale, à savoir faire naître un enfant avec lequel on est, dans la mesure du possible, biologiquement lié. Au contraire, le rapport ne remet pas en cause le cadre thérapeutique dans lequel toutes les techniques de PMA sont aujourd'hui pensées car il ne s'intéresse principalement qu'aux techniques nécessitant un don de gamète..

### L'ouverture de la PMA à tous les couples

- 15 L'ouverture de la PMA aux couples de femmes est proposée dans le cadre de la remise en cause du modèle pseudo-procréatif. Deux arguments sont avancés pour justifier une telle recommandation. D'une part, depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013, au sein des couples de femmes mariées qui ont eu recours à un don de sperme à l'étranger chacune d'elle peut en principe faire établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Cette possibilité d'établir un second lien de filiation, reconnue par la loi du 17 mai 2013, apparaît hypocrite dans la mesure où l'accès au don de sperme n'est pas permis en France aux couples de femmes. En outre, l'établissement du second lien de filiation ne peut se faire que par le biais de la procédure d'adoption –simple ou plénière– de l'enfant du conjoint et ne correspond pas au « vécu des personnes concernées (ni aux) significations habituelles de l'adoption »<sup>33</sup>.
- 16 La mise en cohérence du droit français concernant l'ouverture de l'accès au don de sperme aux couples de femmes préconisée par le rapport Théry-Leroyer apparaît d'autant plus opportun que certains juges s'opposent à l'adoption de l'enfant de la conjointe en faisant valoir « que le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu »<sup>34</sup>. Cette décision, isolée, semble ignorer à la fois les principes de libre circulation au sein de l'Union européenne et l'intérêt de l'enfant. Une harmonisation des pratiques judiciaires quant à l'application des dispositions de la loi du

17 mai 2013 en matière d'adoption de l'enfant du conjoint semble souhaitable en attendant la mise à l'agenda politique de la recommandation du rapport Théry-Leroyer.

- 17 **L'ouverture de l'accès à la PMA avec tiers donneur à tous les couples est subordonnée à un changement de représentation de l'engendrement avec tiers donneur.** En effet, tant que celui-ci est pensé comme thérapeutique sur le modèle du « *ni vu ni connu* », la PMA avec tiers donneur ne pourra pas être assumée « *comme une nouvelle façon de mettre les enfants au monde* »<sup>35</sup>. Or, pour y parvenir, les modifications des textes seraient pourtant minimales à opérer et consisteraient, d'une part, à introduire une nouvelle indication, à savoir « *permettre une procréation nécessitant le recours à un don de gamètes ou un accueil d'embryon* » et d'autre part, de définir les membres du couple, sans référence à leur sexe. L'aspect novateur du droit de la PMA qui consiste à ne pas faire référence à la forme juridique du couple est conservé et étendu au critère du sexe. L'importance accordée au couple s'explique par l'absence de consensus au sein du groupe de travail sur l'opportunité d'ouvrir l'accès au don de sperme aux femmes seules et donc de penser la PMA, sur le modèle de l'IVG, comme une liberté des femmes.
- 18 La portée de cette représentation des couples indifféremment de leur forme juridique est illustrée par la nouvelle modalité d'établissement de la filiation proposée dans le cas d'une PMA avec tiers donneur.

## B – Une réforme du droit de la filiation avec don de gamète

- 19 L'ouverture de l'accès à la PMA aux femmes en couple est une recommandation qui s'inscrit dans un projet plus large de réforme de l'engendrement avec tiers donneur. Le rapport insiste d'ailleurs sur le fait que cela « *ne serait pas seulement un progrès pour elles, mais pour tous les couples* »<sup>36</sup> car « *une telle réforme participe directement de la volonté d'en finir avec le principe de secret et de falsification de la filiation qui organise encore aujourd'hui en France le droit commun de l'AMP avec tiers donneur, alors même que le discours des autorités médicales a changé et que plus personne ne considère aujourd'hui le secret du recours au don comme une valeur* »<sup>37</sup>. Un nouveau mode d'établissement de la filiation est ainsi proposé pour tous les couples ayant recours à un tiers donneur (1) qui s'inscrit dans une réflexion d'ensemble sur la filiation qui aboutit à distinguer trois modalités d'établissement (2). Il apparaît d'ailleurs que l'ouverture de la PMA aux couples de femmes ne fait pas l'objet d'un chapitre spécifique et ressort des développements concernant les évolutions de la filiation et ses modalités d'établissement.

### La déclaration commune anticipée en cas de don de gamète

- 20 **Aujourd'hui, l'établissement de la filiation à la suite d'une PMA se fait selon le droit commun, y compris en cas de recours à un tiers donneur.**
- 21 Concernant la filiation maternelle, conformément à l'adage du droit romain « *mater semper certa est* », la femme devient mère à la suite de l'accouchement. En particulier, selon les dispositions de l'article 311-25 du Code civil, « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». Le recours au don d'ovocyte ne remet pas en cause l'accouchement comme fait générateur de la filiation maternelle. En outre, la prohibition de la gestation pour autrui est justifiée par un discours essentialisant et valorisant de la maternité et renforce le fondement biologique – compris dans sa dimension gestationnelle – du lien de filiation maternelle.

- 22 La filiation paternelle s'établit à l'égard d'un enfant né à la suite d'une PMA selon les règles du droit commun, différenciées en fonction de la forme juridique du couple. Au sein d'un couple marié, la présomption de paternité du mari permet d'établir un lien de filiation à l'égard de l'homme, co-auteur du projet parental. Pour les couples pacés ou vivant en concubinage, la filiation peut être établie par reconnaissance.
- 23 En cas de recours à un tiers donneur et en particulier un donneur de sperme, l'établissement de la filiation selon le droit commun valorise l'aspect volontariste de la filiation paternelle. En effet, lors de l'encadrement des techniques de PMA par les lois de bioéthique de 1994, le législateur a souhaité s'assurer que l'homme ayant donné son consentement à la PMA avec tiers donneur ne se soustrait pas, par la suite, de ses responsabilités de père. Ainsi, « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.* »<sup>38</sup>. Une autre disposition a été introduite afin de s'assurer que l'homme, co-auteur du projet parental, reconnaît l'enfant : « *Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant* »<sup>39</sup> et « *sa paternité est judiciairement déclarée* »<sup>40</sup>.
- 24 Cet état du droit est insatisfaisant en ce qu'il renforce les fondements différenciés de la parenté en fonction du sexe du parent et par conséquent, les stéréotypes de genre selon lesquels la femme est mère par nature et l'homme par un acte de volonté. Le droit de la filiation contribue alors à enfermer les personnes dans des fonctions sociales figées. L'inscription de la PMA avec tiers donneur dans le droit commun de la filiation –et le rapport insiste grandement sur cet aspect– contribue à la « *la persistance en France d'un modèle de pseudo-filiation charnelle* »<sup>41</sup>.
- 25 Le rapport examine les différents mécanismes juridiques qui pourraient être utilisés pour remplacer ces règles et ce, notamment, dans la perspective de l'ouverture de l'accès à la PMA aux couples de femmes. L'extension de la présomption de paternité au co-auteur du projet parental n'est pas retenue dans la mesure où cela conduirait à étendre le mécanisme actuel –qui transforme la présomption en fiction juridique– et à inscrire la PMA avec tiers donneur dans « *un modèle particulier : celui d'une filiation charnelle inscrite dans une union instituée, ce qui aujourd'hui ne peut manquer d'être critiqué* »<sup>42</sup>. De même, le recours à l'adoption est condamné dans la mesure où il n'est utilisé que pour établir un second lien de filiation au sein des couples de personnes de même sexe. Ce faisant, le rapport préconise le mécanisme de la reconnaissance fondée sur une déclaration de volonté. Plus spécifiquement, une « *déclaration commune anticipée de filiation* » est proposée. Après le recueil du consentement en la forme authentique auprès du juge ou du notaire, ce « *mode d'établissement sui generis de la filiation de l'enfant* »<sup>43</sup> né à la suite d'un don de gamète permet de ne pas distinguer entre les formes juridiques des couples, leur composition et les membres du couple, stérile ou non. De plus, cette modalité d'établissement de la filiation rompt totalement avec le modèle pseudo-procréatif. Toutefois, cette rupture n'est limitée qu'aux techniques de PMA avec don de gamète pour lesquelles la place accordée à la volonté de devenir parent est importante. D'aucuns pourraient s'étonner que la question des parents d'intention en cas de GPA reste en dehors du champ de ces réflexions.
- 26 Cette proposition permet de consacrer une modalité d'établissement de la filiation spécifique aux couples ayant recours à un donneur de gamète et s'inscrit dans une réflexion d'ensemble sur les différentes modalités d'établissement de la filiation.

## Une filiation unique, des modalités d'établissement multiples

- 27 Les modalités d'établissement de la filiation sont par ailleurs nettement distinguées de la filiation elle-même. En effet, s'il est proposé de faire correspondre à la PMA avec tiers donneur un nouveau mode d'établissement de la filiation à l'égard des deux parents, le lien de filiation qui en résulte est quant à lui identique à tout lien juridique de filiation. Le rapport insiste sur cette distinction entre d'une part, le lien juridique de filiation qui emporte pour tous les parents à l'égard de tous leurs enfants les mêmes droits et devoirs et les modalités d'établissement de la filiation, qui peuvent être, elles, multiples.
- 28 Après un rappel des évolutions socio-historiques de la famille<sup>44</sup>, le rapport consacre de longs développements à l'état civil. En particulier, l'acte de naissance apparaît comme central dans la mesure où il retrace « *toute la vie civile de(s) personne(s)* »<sup>45</sup>. Une réforme de la publicité de l'acte de naissance est alors proposée en parallèle de la reconnaissance de trois modalités distinctes d'établissements de la filiation. **En effet, la copie intégrale de l'acte de naissance, qui serait « le conservatoire de l'identité civile des personnes »<sup>46</sup>, serait rendue inaccessible aux tiers tandis que les extraits de l'acte de naissance, qui ne préciseraient pas, quant à eux, le mode d'établissement de la filiation, pourraient faire l'objet d'une large publicité.** La copie intégrale de l'acte de naissance permettrait de connaître par laquelle des trois modalités d'établissement de la filiation, celle-ci a été établie. Le rapport conserve les modalités d'établissement de la filiation de droit commun qu'il désigne comme un « *engendrement par procréation* »<sup>47</sup>. De même, les mécanismes d'adoption permettent d'établir un lien de filiation selon d'autres modalités<sup>48</sup>. En cas d'adoption plénière, il est toutefois proposé de garder l'acte de naissance originel et de retranscrire l'adoption sur celui-ci<sup>49</sup>. **Enfin, l'aspect le plus novateur du rapport repose sur la création d'une troisième modalité d'établissement de la filiation, en cas d'engendrement avec tiers donneur, par la déclaration commune anticipée<sup>50</sup>.**
- 29 **Ces propositions, bien qu'intéressantes en ce qu'elles s'autorisent à penser les familles de manière pluraliste, ne sont pas exemptes de critiques.** D'un point de vue formel, il semble impropre de parler de « *filiation par procréation charnelle* »<sup>51</sup> comme une modalité d'établissement de la filiation. En effet, au sein du droit commun de la filiation, il existe différentes modalités d'établissement de la filiation paternelle, à savoir par présomption de paternité, reconnaissance ou encore possession d'état. Il serait dès lors préférable de parler de types de filiation et non de modalités. Il apparaît également artificiel de vouloir séparer le lien de filiation de la manière dont elle a été établie : certes, la filiation emporte des devoirs et obligations identiques ; toutefois, elle est marquée par son mode d'établissement. L'existence même de termes tels que « *filiation adoptive* » ou « *filiation biologique* » indique l'importance que le type de filiation peut avoir dans la conception générale de celle-ci.
- 30 Au-delà de ces aspects formels, c'est sur le sens donné à chaque modalité d'établissement que le rapport se veut particulièrement innovant : en particulier, la filiation établie à la suite d'un engendrement avec tiers donneur se fait selon une modalité *sui generis* et apparaît en tant que telle dans l'acte de naissance. De même, chaque personne en consultant son acte de naissance saura par quel biais sa filiation a été établie, à la suite d'une procréation charnelle, d'une adoption ou d'un engendrement avec tiers donneur. Toutefois, ce dispositif nous semble imparfait au regard de ce qu'il veut combattre, à savoir la biologisation du lien de filiation. Si la soustraction de la PMA avec tiers donneur

du droit commun de la filiation permet en effet de remettre en cause le modèle pseudo-procréatif, l'affirmation de la filiation par procréation charnelle comme une modalité spécifique d'établissement de la filiation laisse penser que le fondement de la filiation y est alors exclusivement biologique. Au contraire, la filiation adoptive et la filiation après engendrement avec tiers donneur seraient des modalités d'établissement de la filiation dont le fondement serait –entièrement ou partiellement– volontariste. La biologisation du lien de filiation –par procréation charnelle– passe également par une exclusion des couples de personnes de même sexe du bénéfice de ces mécanismes juridiques, comme en droit positif avec les dispositions du titre VII du livre Ier du Code civil<sup>52</sup>. La déclaration commune anticipée singularise le lien de filiation établie à la suite d'une PMA avec tiers donneur et nous paraît importun. En effet, la filiation porterait désormais la trace de sa modalité d'établissement, comme à l'époque de la distinction entre les filiations naturelles et légitimes.

- 31 **Si l'établissement de la filiation selon un mode *sui generis* paraît pertinent pour mettre fin au modèle pseudo-procréatif, cette recommandation du groupe de travail nous semble superfétatoire à partir du moment où l'accès à la PMA est étendu aux couples de femmes et le droit à la connaissance des origines consacré en droit français.** Par ailleurs, l'extension des mécanismes de droit commun aux couples de femmes pourrait être un moyen de réformer plus globalement le droit de la filiation et mettre fin au mouvement de biologisation de la filiation. En effet, l'extension des mécanismes de droit commun de la filiation aux couples de femmes comme la présomption de parenté pourrait être l'occasion d'affirmer des nouveaux fondements à ce mécanisme juridique : l'objet de la preuve serait déplacé du lien biologique vers la volonté d'être parent. Ainsi, la présomption de parenté à l'égard du conjoint traduirait la vocation des époux à éduquer ensemble les enfants nés en mariage et le conjoint serait présumé être le co-auteur du projet parental.
- 32 **Le rapport Théry-Leroyer offre une réflexion ambitieuse sur le droit de la PMA et l'accès à la connaissance de ses origines dans une volonté de transparence et de suppression du modèle pseudo-procréatif actuel.** Si certaines recommandations paraissent opportunes comme l'ouverture de l'accès au don de sperme aux couples de femmes, cette proposition n'est toutefois pas justifiée dans le rapport au regard des enjeux de santé publique pourtant sous-jacents : assurer la sécurité sanitaire du don de sperme, simplifier le parcours de soins en limitant les déplacements transfrontaliers. Au contraire, la réforme du droit de la filiation qui se limite à réformer l'engendrement avec tiers donneur, nous semble passer à côté de son objectif visant à limiter la biologisation du lien de filiation alors que les propositions en faveur de la consécration en droit français d'un droit à la connaissance de ses origines semblent davantage s'inscrire dans cette optique.

\*

## 2°/- Pour un accès à la connaissance de ses origines

- 33 Le deuxième volet du rapport « accès aux origines et parentalité »<sup>53</sup> exprime clairement une position en faveur de la reconnaissance explicite d'un droit à la connaissance de ses origines. Il nous semble plaider pour la consécration d'un tel droit pour deux raisons

principales. L'une, d'ordre individuel et psychologique, concerne le bon développement psychique d'un individu et nécessite qu'il puisse retracer son histoire personnelle<sup>54</sup>. L'autre, d'ordre institutionnel et collectif, tient au secret des origines biologiques qui sous-tend le modèle dit « pseudo-procréatif » que le rapport veut combattre. Des propositions juridiques sont faites pour mettre le droit de la PMA en conformité avec l'éventuelle consécration d'un droit à la connaissance de ses origines.

- 34 Le rapport expose les différentes situations dans lesquelles la question de l'accès d'une personne à ses origines (biologiques) peut se poser. Il distingue deux domaines principaux concernés par ces revendications relatives au droit à la connaissance de ses origines.
- 35 Premièrement, de telles revendications peuvent émaner d'enfants « abandonnés » c'est-à-dire d'enfants qui ont dans un premier temps obtenu la qualité de pupille de l'Etat avant d'être, dans un second temps adoptés pour la majorité d'entre eux. Il s'agit de trois catégories d'enfants : les enfants dont la filiation n'a pas été juridiquement établie, c'est-à-dire pour lesquels le nom des parents n'a pas été révélé à l'officier d'état civil lors de l'établissement de l'acte de naissance<sup>55</sup> (notamment les enfants nés « sous X » et les enfants trouvés<sup>56</sup>), les enfants dont la filiation a été établie et connue et qui ont été par la suite remis au service de l'ASE (Aide sociale à l'enfance) par leurs parents, les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale et qui ont été confiés à l'ASE<sup>57</sup>, et les enfants recueillis par l'ASE en application de l'article 350 du Code civil, c'est-à-dire à la suite d'une déclaration judiciaire d'abandon sanctionnant un « désintérêt manifeste » des parents. Concernant les enfants adoptés à la suite d'une naissance non secrète, ils ont la possibilité, depuis 1978, de se voir communiquer leurs documents d'état civil et leurs dossiers personnels d'adoption, pouvant par ce biais découvrir le nom de leur géniteur et de leur génitrice. Cette situation n'est donc pas, en théorie du moins, particulièrement problématique au regard du droit à la connaissance de ses origines et le rapport n'en fait que brièvement état<sup>58</sup>. Le rapport s'attarde toutefois sur le sort des enfants « nés sous X » (A).
- 36 Deuxièmement, le droit d'accès à ses origines personnelles, peut également être revendiqué par « les enfants du don », c'est-à-dire les enfants nés au cours d'une procédure de procréation médicalement assistée à la suite d'un don de gamète (dans la majorité des cas d'un don de sperme), le don d'ovocyte étant jusqu'à récemment *de jure et de facto* difficilement possible). (B). Le rapport attache une importance particulière à cette situation, qu'il distingue fortement de la première : dans le premier cas, les enfants sont « abandonnés » après la naissance. Dans le second, ils sont le fruit d'un projet parental, ils ont été attendus et voulus, et le donneur n'a jamais eu l'intention de jouer un rôle parental dans la vie de l'enfant<sup>59</sup>, il n'est donc pas question d'abandon.

## A – Les enfants nés sous X

- 37 La consécration, proposée par le rapport, d'un droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés sous X (2) s'inscrit dans un mouvement plus général de remise en cause de l'accouchement sous X (1).

## La situation actuelle des enfants nés sous X

- 38 Actuellement en France, une femme enceinte peut demander, lors de son accouchement, que le secret de son admission et de son identité soit préservé (article 326 du Code civil). Dans ce cas de figure, les données personnelles de la femme ne sont pas inscrites sur l'acte de naissance (article 58 du Code civil). Certes, depuis une loi du 22 janvier 2002, les femmes sont et elles peuvent renoncer à tout moment à leur anonymat en procédant après du CNAOP (Centre national d'accès à ses origines personnelles) à une déclaration expresse de levée du secret<sup>60</sup>, cependant rien ne les y oblige. D'autres tentatives ont par ailleurs cherché à atténuer l'effectivité de la protection du secret de manière contraignante : ainsi une loi du 16 janvier 2009 supprime l'existence de la fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité. De plus, la prise en compte de la situation des « pères » (ou « des grands parents »<sup>61</sup>) par le juge a également contribué à altérer la portée de l'accouchement sous X. Il faut reconnaître que le juge a eu à trancher un contentieux pour le moins délicat. Difficile situation en effet que celle du géniteur. Souvent non averti de la situation de la femme (que cela soit de la grossesse, de la date de l'accouchement ou du projet d'accouchement sous X), il lui est généralement *de facto* impossible d'intervenir.
- 39 Lorsqu'il a été toutefois mis au courant, deux scénarios sont envisageables.
- 40 **Premièrement** il ne souhaite pas s'occuper de l'enfant. L'anonymat de la femme permet en général l'anonymat de fait du géniteur. Il est donc peu probable qu'une action en recherche de paternité soit intentée contre lui. D'aucuns le regrettent, considérant que le « *poids social de l'abandon* » ne devrait pas peser uniquement sur les femmes. Mais doit-on continuer à pouvoir (le droit le permet actuellement) contraindre un homme à devenir père en l'absence de tout projet parental ? Cette question a bien sûr une résonance plus large que la seule problématique de l'accouchement sous X et il ne convient pas d'y apporter ici une réponse. Notons toutefois que le rapport ne s'y essaye pas non plus.
- 41 **Deuxièmement**, il souhaite établir un lien de filiation avec l'enfant. L'évolution du droit lui a accordé cette possibilité : tout d'abord en 2006, la Cour de cassation<sup>62</sup> sur le fondement de l'article 316 du Code civil (et du « *droit de l'enfant à connaître son père déclaré* ») a considéré qu'une reconnaissance prénatale de paternité empêchait qu'un consentement valide puisse être donné à l'adoption de l'enfant ; reconnaissant par là, la place de père du géniteur d'un enfant né sous X. Le ministère public doit d'ailleurs aider le père qui en fait la demande à localiser l'enfant (article 62-1 Code civil). Ultérieurement, l'invalidation constitutionnelle de l'ancien article 224-8 CASF a conduit le législateur à adopter la loi du 26 juillet 2013. Désormais, le géniteur (et autres proches ayant intérêt à agir) peut intenter un recours contre l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat (article L 224-8 CASF). Cela lui permet ainsi de stopper la première étape d'une éventuelle procédure d'adoption. Ces considérations pour les « pères de naissance » ont eu comme conséquence l'affaiblissement du mécanisme tel que mis en place en 1993 : en effet, l'enfant recueilli par son père pourra très probablement connaître l'identité de sa gestatrice. La fin de non recevoir à l'action en maternité n'existant plus, rien n'empêchera alors l'enfant de contraindre juridiquement la femme à devenir sa mère.
- 42 **Malgré ces inflexions, le droit positif n'a toutefois pas consacré un droit pour tout individu à la connaissance de ses origines.** Cette absence de reconnaissance a été validée à la fois par le Conseil constitutionnel<sup>63</sup> et par la Cour européenne des droits de

l'homme<sup>64</sup> (Cour EDH, 2003, *Odièvre contre France* ; 2012, *Godelli contre Italie*, préc. – ADL du 29 sept. 2012). Bien que la seconde aille bien plus loin que la première dans son argumentaire (parlant par exemple dans l'arrêt *Jäggi contre Suisse* d'un « *intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* » (point 38)) ; les deux instances judiciaires ont pour points commun d'estimer que le système en cause respectait la juste mise en balance des intérêts concernés, notamment selon le Conseil constitutionnel au regard de l'objectif constitutionnel de protection de la santé<sup>65</sup>. Dès lors, environ 600 enfants<sup>66</sup> naissent encore chaque année sans pouvoir revendiquer le droit de connaître l'identité de leur gestatrice. Le conflit inhérent à cette situation : d'un côté le « droit à la connaissance de ses origines » de l'enfant, de l'autre, « *le droit de taire sa maternité* » (au nom de la liberté individuelle de la femme)<sup>67</sup> reste aujourd'hui encore très présent dans le débat politico-juridique français, et le rapport propose d'y y apporter d'éventuelles solutions. **Les enjeux de l'accouchement sous X sont importants** puisqu'il est actuellement le seul mécanisme juridique qui permette à une femme de renoncer à sa maternité. Il répond à un objectif de protection de la santé des femmes et de l'enfant, par l'accès à un accouchement médicalisé et permet ainsi de lutter contre d'éventuels abandons sauvages ou infanticides, tout en garantissant à la femme, qui ne souhaite pas élever cet enfant, le secret de son identité.

#### Pour une réforme de l'accouchement sous X

- 43 **Le rapport préconise premièrement la redéfinition de l'accouchement secret : il souhaite que « l'anonymat de l'accouchement soit mieux articulé avec le respect du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines »**<sup>68</sup>. Dès lors, l'identité de la femme devrait être systématiquement recueillie<sup>69</sup>. L'identité de la femme resterait toutefois anonyme jusqu'à la majorité de l'enfant. Dès que celui aurait 18 ans, il pourrait obtenir, de droit s'il le demande, l'identité de la femme. Le rapport insiste fortement sur la nécessité de ne pas confondre « *origine* » et « *filiation* »<sup>70</sup>. Réfutant les critiques visant à reprocher aux défenseurs de la levée du secret, une « *biologisation de la parenté* »<sup>71</sup>, **le rapport insiste sur le fait que ces enfants ne veulent pas de « nouveaux parents », mais seulement connaître leur histoire personnelle, leurs origines**. Dès lors, il recommande, en toute logique, le rétablissement de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité ; une telle disposition ne faisant que renforcer les éventuelles confusions entre « *origines* » et « *parentalités* ». Dans cette même optique, il précise d'ailleurs qu'un « *droit d'accès à ses origines* » n'est pas synonyme de « *droit à la rencontre* ». Afin de respecter la vie privée de la gestatrice, tout contact ou rencontre devrait être soumis à l'accord préalable de la femme. Ces propositions sont ainsi en accord avec l'exigence générale de « *transparence* » et de « *vérité* » revendiquée tout au long du rapport pour fonder un nouveau droit de la filiation.
- 44 Il pourra toutefois être regretté que celui-ci continue d'employer des termes tels que celui de « mère de naissance » pour désigner la femme qui a accouché sous X – certes, il justifie ce choix par la « *dimension éminemment sociale de l'expérience vécue* »<sup>72</sup> mais n'encourage t-il pas, fût-ce involontairement, une biologisation de la parenté qu'il cherche pourtant à combattre ? Cela semble s'expliquer par le fait que ces préconisations ne soient pas fondées sur une réflexion sur la maternité, mais uniquement sur les origines. De plus, fort de ses revendications concernant l'accès des enfants à l'identité de la gestatrice, il ne nous semble pas mener une réflexion approfondie sur la signification

des termes « origine » ou « histoire personnelle », car si – comme le revendique expressément le rapport – c'est avant tout à son histoire personnelle que l'enfant devenu adulte veut avoir accès, pourquoi se focaliser alors autant sur l'obtention de l'identité de la femme et non sur des données biographiques (éventuellement non identifiantes) davantage susceptibles de transmettre à l'enfant des éléments explicatifs de la vie de la femme<sup>73</sup>.

45 Le rapport Théry-Leroyer fait également allusion à des cas tragiques dans lesquels des femmes ont été contraintes d'accoucher sous X par des proches, mais il ne mentionne cependant jamais clairement la possibilité qui existe aussi pour une femme d'abandonner l'enfant sans accoucher sous X, comme s'il sous-entendait que le choix de l'anonymat définitif était imposé à la femme par l'Etat<sup>74</sup>. Il ne s'interroge pas non plus assez, nous semble-t-il, sur ce qu'il nomme « l'histoire d'un abandon » : alors que 8 femmes sur 10 disent avoir accouché sous X parce qu'elles avaient dépassé les délais légaux d'IVG, est-il alors opportun de parler d'abandon ? Peut-on comparer ce choix avec celui d'une femme qui a souhaité avoir et élevé un enfant mais qui l'a pourtant remis par la suite aux services de l'ASE parce qu'elle ne pouvait ou ne voulait plus le faire. Il nous semble qu'il aurait pu être opportun de mener cette discussion sur l'accouchement sous X en parallèle d'une réflexion sur le délai d'IVG.

46 **Une réflexion approfondie sur la question du « père » semble également avoir été omise.** Le rapport énonce certes que « le CNAOP souligne (...) le problème particulier de l'identification du père de naissance : c'est en raison de **représentations sociales distinguant radicalement l'enjeu féminin et l'enjeu masculin**, comme si seules les mères de naissance abandonnaient les enfants, mais non les pères de naissance, que l'on a longtemps considéré comme une fatalité l'évanouissement complet de ceux-ci » et il ajoute qu'il ne faudrait pas « **oublier de s'interroger à l'avenir sur les grands absents que sont les « pères sous X »** ; réflexion « capitale pour prendre conscience de l'ensemble de **préjugés** qui ont construit comme deux valeurs radicalement antagoniques « droits des femmes » et « droit de l'enfant » ». Ces deux extraits semblent montrer que le rapport entend prendre en compte (et combattre) les représentations sociales et les préjugés qui - en matière de procréation et de parentalité - sont susceptibles de nuire à l'égalité entre les hommes et les femmes (au détriment de ces dernières). Le rapport souligne ainsi l'existence persistante et problématique de tels stéréotypes mais il ne va toutefois pas plus loin. En effet, le rapport ne fait que recommander la communication par le CNAOP de l'identité du « père de naissance » à l'enfant majeur. Lorsque son identité est connue, présume-t-on. La femme sera-t-elle obligée de communiquer l'identité du géniteur ? Comment connaître le cas échéant l'identité du géniteur ? Le rapport n'en dit pas plus sur cette problématique épineuse. Mais puisqu'il propose la communication du nom du géniteur, il aurait toutefois pu soulever la question de l'opportunité d'établir une fin de non recevoir à l'action en recherche de paternité : si l'enfant ne cherche pas un parent mais seulement la connaissance d'une partie de son histoire personnelle, ne faudrait-il dès lors pas « protéger » la vie privée de l'homme ou même titre que celle la femme ? Il semble que le rapport souffre de son absence de réflexion théorique quant à la définition de la parenté. Il aborde certes de nombreuses questions d'actualité et surtout celles qui devaient initialement faire l'objet d'une réflexion dans le cadre d'une « grande loi » sur la famille (accouchement sous X, PMA), mais il s'abstient malheureusement de prendre pour point de départ les questions théoriques communes à sa thématique (*i.e.* la parenté) : qu'est ce qu'un père ? Qu'est ce qu'une mère ?

## B – Les enfants du don<sup>75</sup>

- 47 La remise en cause du modèle pseudo-procréatif s'inspire notamment des revendications des enfants nés du don (1) qui souhaitent pouvoir accéder à leurs origines biologiques (2).

### La situation actuelle des enfants du don

- 48 **Le rapport se joint également aux revendications des enfants du don. Actuellement, le droit de la PMA impose en effet un principe strict d'anonymat du donneur<sup>76</sup>, confirmé récemment par la jurisprudence administrative** (celle-ci, à l'instar de la Cour de cassation, n'aborde que très (voire trop) rapidement la question de l'accès à la connaissance de ses origines). Historiquement calqué sur le régime juridique des autres dons auquel il était assimilé<sup>77</sup>, l'anonymat s'expliquait par la volonté d'invisibilité à la fois l'infertilité du père et la transgression sociétale que constitue l'intervention du donneur<sup>78</sup> (pouvant être perçue comme une sorte d'« adultère médicalisé »<sup>79</sup>). De plus, cette règle permet de garantir au mari que le donneur ne pourra prendre sa place de père et au donneur de ne pas être père malgré lui<sup>80</sup>. Elle permet ainsi d'assurer la « paix des familles »<sup>81</sup>, le père et le donneur étant perçus comme potentiellement concurrents. Les règles de filiation empêchent l'établissement d'un lien juridique entre l'enfant et le donneur et contraignent le père à reconnaître l'enfant. Combinée aux règles d'anonymat et à la procédure d'appariement de la personne stérile au donneur (mêmes caractéristiques morphotypiques et groupe sanguin<sup>82</sup>), la pérennité du secret est assurée par le droit : la permanence du modèle pseudo-procréatif (du « ni vu ni connu ») est alors protégée. Il s'agit ainsi de la réalisation d'un « crime parfait », pour reprendre l'expression de Marcela Iacob, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un simple mensonge mais d'un montage juridique complexe (secret, interdiction du lien de filiation avec le donneur, obligation du lien de filiation avec le père, interdiction de l'action en contestation de paternité) qui crée « rétroactivement des preuves et des indices concernant un acte sexuel pourtant inexistant ». « L'AMP est un dispositif qui se détruit une fois qu'il a été consommé »<sup>83</sup>.
- 49 L'évolution des débats publics (accordant une place grandissante aux revendications de ces enfants), combinée à une prise de conscience généralisée des « effets délétères »<sup>84</sup> des secrets de famille (menant aujourd'hui les médecins à conseiller aux parents de ne pas cacher à l'enfant qu'il est issu d'une PMA<sup>85</sup>) et à un mouvement généralisé en faveur de l'accès à ses origines (porté notamment par la loi du 2002<sup>86</sup>), a mené à des réflexions sur l'opportunité de conserver une telle règle. **La réforme des lois bioéthiques du 7 juillet 2011 n'a pourtant pas consacré un droit d'accès à l'identité du donneur<sup>87</sup>. La levée de l'anonymat reste aujourd'hui impossible pour les enfants du don. Dans un premier temps, le tribunal administratif de Montreuil a estimé que le principe d'anonymat du donneur n'était pas incompatible avec le droit européen des droits de l'homme, le premier estimant que « la règle de l'anonymat du donneur de gamètes, qui répond notamment à l'objectif de respect de la vie familiale au sein de la famille légale de l'enfant conçu à partir de gamètes issues de ce don, ainsi qu'à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur, n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée de la personne ainsi conçue ».** Saisi d'une question similaire, le tribunal administratif de Paris sursoit à statuer et demande sur le fondement de L. 113-1 du code de justice administrative que le Conseil d'Etat examine cette « question droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se

posant dans de nombreux litiges ». **Celui-ci a déclaré dans un avis du 13 juin 2013 l'interdiction de la levée de l'anonymat** : « Ainsi qu'il résulte notamment des récents débats sur la loi du 7 juillet 2011, plusieurs considérations d'intérêt général ont conduit le législateur à écarter toute modification de la règle de l'anonymat, notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps. En la matière, il n'appartient qu'au seul législateur de porter, le cas échéant, une nouvelle appréciation sur les considérations d'intérêt général à prendre en compte et sur les conséquences à en tirer ».

### Pour un nouveau régime de la procréation médicalement assistée avec tiers donneurs

- 50 Le rapport souhaite changer le sens donné au recours au don de gamète et propose pour cela une modification de son régime juridique en ce qui concerne l'anonymat des donneurs de gamète.
- 51 Ainsi, le rapport préconise *ab initio* le maintien de la règle d'anonymisation du don de gamètes, mais également **la possibilité pour l'enfant d'obtenir l'identité du donneur dès sa majorité<sup>88</sup>**. Cet accès, à l'instar des propositions relatives à l'accouchement sous X, n'entraînera ni lien de filiation, ni même droit à la rencontre (celle-ci étant soumise au consentement express du donneur). Afin de mettre en œuvre ce système, le rapport propose d'élargir les compétences du CNAOP (en suivant l'exemple de ses attributions en matière d'accouchement sous X). Lors du recueil de l'identité du donneur, le CECOS devra également obtenir des informations non identifiantes le concernant. Ces informations pourront être délivrées à l'enfant mineur accompagné par l'un de ses parents. Le rapport recommande également que soit examinée la question des demandes émanant de deux personnes souhaitant savoir si elles sont issues du même don<sup>89</sup> soit examinée et celle du don ciblé. Ces « dons dirigés » sont particulièrement demandés en cas de dons d'ovocytes ; certains pays tels que l'Angleterre le pratique déjà. Le rapport n'a toutefois pas « jugé pertinent de prendre position »<sup>90</sup>. De manière générale, le rapport n'a d'ailleurs pas approfondi la question du don de gamètes féminins, il aurait cependant pu se pencher plus théoriquement sur cette question sur les pratiques et les problèmes liés à l'anonymat dans ce cadre.
- 52 Afin de parfaire complètement l'effondrement du modèle pseudo-procréatif, et s'appuyant sur l'idée que « toute personne a le droit de savoir selon quelle modalité sa filiation a été établie »<sup>91</sup>, le rapport **conseille l'établissement d'un nouveau de filiation : la déclaration commune anticipée de filiation**<sup>92</sup> (cf. *supra*). Ce nouveau mode d'établissement doit servir la reconnaissance d'une pratique sociale nouvelle (c'est-à-dire de ne plus considérer l'IAD comme un traitement médical mais comme une nouvelle pratique sociale pour engendrer) : en inscrivant ainsi directement sur l'acte de naissance, le mode d'engendrement des parents, aucun mensonge n'est plus possible. Afin de garantir le respect du secret médical, le type de don ne sera toutefois pas précisé, et aucun tiers ne pourra avoir accès à l'acte de naissance d'une autre personne<sup>93</sup>. Nous l'avons vu cette proposition n'est pas exempte de toute critique puisqu'elle renforce l'idée selon laquelle la filiation de « droit commun » (en dehors des cas d'adoption et de dons) serait fondée sur un lien biologique (la procréation charnelle). On peut dès lors douter de la pertinence d'une telle règle, qui semble, quoi qu'en dise le rapport, porter entre autres atteinte au secret médical.

53 En effet, en consultant une copie intégrale de son acte de naissance, l'enfant pourra découvrir que ses parents ont eu recours à une PMA avec tiers donneur. Il pourra alors comprendre qu'il est issu d'un don, qu'il s'agisse d'un don de sperme, d'ovocyte ou d'embryons. Toutefois, si ses parents refusent de lui en dire davantage, il devra attendre d'avoir atteint sa majorité pour obtenir plus d'informations concernant l'identité du donneur. Celle-ci lui permettra par la suite de savoir si c'est un don de sperme ou d'ovocyte (ou éventuellement d'embryon mais c'est plus rare) qui a été utilisé pour son engendrement. Dès lors, cela lui permettra de découvrir (même s'ils n'y ont pas consentis) lequel de ses parents a des problèmes de stérilité. Il nous semble qu'une réflexion plus aboutie sur l'articulation entre données médicales et accès à ses origines serait nécessaire. En particulier, la distinction de régimes opérée par le rapport entre données non identifiantes et données identifiantes ne nous paraît pas pertinente.

\*

\*\*

54 Au-delà de ces aspects formels, c'est sur le sens donné à chaque modalité d'établissement que le rapport se veut particulièrement innovant : en particulier, la filiation établie à la suite d'un engendrement avec tiers donneur se fait selon une modalité *sui generis* et apparaît en tant que telle dans l'acte de naissance. De même, chaque personne en consultant son acte de naissance saura par quel biais sa filiation a été établie, à la suite d'une procréation charnelle, d'une adoption ou d'un engendrement avec tiers donneur. Toutefois, ce dispositif nous semble imparfait au regard de ce qu'il veut combattre, à savoir la biologisation du lien de filiation. Si la soustraction de la PMA avec tiers donneur du droit commun de la filiation permet en effet de remettre en cause le modèle pseudo-procréatif, l'affirmation de la filiation par procréation charnelle comme une modalité spécifique d'établissement de la filiation laisse penser que le fondement de la filiation y est alors exclusivement biologique. Au contraire, la filiation adoptive et la filiation après engendrement avec tiers donneur seraient des modalités d'établissement de la filiation dont le fondement serait –entièrement ou partiellement– volontariste. La biologisation du lien de filiation –par procréation charnelle– passe également par une exclusion des couples de personnes de même sexe du bénéfice de ces mécanismes juridiques, comme en droit positif avec les dispositions du titre VII du livre Ier du Code civil<sup>94</sup>. La déclaration commune anticipée singularise le lien de filiation établie à la suite d'une PMA avec tiers donneur et nous paraît importun. En effet, la filiation porterait désormais la trace de sa modalité d'établissement, comme à l'époque de la distinction entre les filiations naturelles et légitimes.

55 Enfin, d'aucuns pourraient s'étonner que le rapport Théry-Leroyer aborde si peu la question de la gestation pour autrui. En effet, alors même qu'il a prétention à analyser les grandes problématiques actuelles en lien avec la procréation et la parentalité, ce rapport se contente de propositions minimales concernant la GPA : après une brève analyses des possibilités qui pourraient se présenter au législateur<sup>95</sup>, le rapport préconise la reconnaissance totale des situations valablement constituées à l'étranger, combiné à un engagement ferme de la France dans la création d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes<sup>96</sup>.

- 56 Malgré cette surprenante lacune (justifiée selon le texte par une absence de consensus au sein du groupe de travail), le rapport reste politiquement ambitieux, en ce qu'il souhaite entre autres abolir le cadre naturalisant de la PMA, Peut-être d'ailleurs même un peu trop au regard des objectifs actuels du gouvernement qui a décidé de laisser de côté de nombreux thèmes abordés par le rapport, notamment celui de l'accès des couples lesbiens à la PMA (le président de la République ayant déclaré attendre sur ce point l'avis du CCNE). Que reste-t-il alors de ces propositions censées inspirées la loi famille<sup>97</sup> ?
- 57 **Le périmètre de la fameuse « loi famille » annoncée par le gouvernement a dû être revu à la baisse en raison d'une virulente contre-offensive.** Une proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant a toutefois été enregistrée à l'Assemblée nationale le 1<sup>er</sup> avril 2014. En débat depuis le 19 mai au Parlement, elle aborde trois thèmes principaux : le renforcement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la reconnaissance de la place croissante prise par les beaux-parents dans la vie de l'enfant, la définition de la médiation familiale. Les dispositions relatives à la place à accorder aux beaux-parents dans le droit sont inspirées du présent rapport : la proposition de loi retient notamment l'idée de créer un mandat d'éducation quotidienne qui permettra au beau parent d'agir sans difficulté juridique pour les actes usuels de la vie quotidienne<sup>98</sup>, et celle de faciliter la prise en charge de l'enfant par le beau parent après le décès du parent avec lequel il vivait<sup>99</sup>. Parmi les nombreuses propositions du rapport, il est évident que ce ne sont pas les plus ambitieuses qui ont été reprises.

\*

- 58 **THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « Filiations, origines et parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », Paris, La Documentation Française, 2014, 547 p.**

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

## NOTES

1. V. FONDIMARE Elsa et MARGUET Laurie, « La longue épopée juridique vers l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe » [PDF], 21 mai 2013 et MESNIL Marie, « La loi Taubira et au-delà... », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 2013, n°2, pp. 9-19.
2. *Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.*
3. Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, E.B. c. France, Req. n° 43546/02 – ADL du 22 janvier 2008 ; v.

4. Article 365 du Code civil.
5. Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 20 fév. 2007, n°04-15676 et 06-15647.
6. V. Cons. const., 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B, n° 2010-39 QPC, considérant 5 – ADL du 10 octobre 2010
7. V. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France, Req. n° 25951/07 – ADL du 16 mars 2012 et Cour EDH, G.C. 19 février 2013, X. et autres c. Autriche, Req. n° 19010/07 – ADL du 26 février 2013.
8. Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 7 juin 2012, n°11-30261 et n°11-30262.
9. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 46.
10. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 49.
11. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 56.
12. Assemblée nationale, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, n° 628, v. not. amendements n° 2157 et 2705.
13. Assemblée nationale, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, n° 628, v. not. amendement n° 2986.
14. Assemblée nationale, projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, n° 628, v. not. amendements n° 7 et n°4374.
15. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 37.
16. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 48.
17. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 44.
18. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », 2014, p. 13.
19. *Ibid.*, pp. 107-111.
20. THERY Irène, *Le démariage – Justice et vie privée*, Odile Jacob, Poches, 2001.
21. THERY Irène, « Du don de gamètes au don d'engendrement », *Revue du MAUSS*, 2012/1 n° 39, p. 155-162.
22. THERY Irène, *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, EHESS, Cas de figure, 2010.
23. Le rapport consacre tout un chapitre à la réforme de la filiation adoptive et préconise notamment d'abandonner la logique d'imitation de la procréation dans l'adoption plénière.
24. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité* », *op.cit.*, p.149.
25. *Ibid.*, p. 208.
26. *Ibid.*, notamment pp. 25-198.
27. Alinéa 1er article L. 2141-2 du Code de la santé publique.
28. Alinéa 1er article L. 2141-2 du Code de la santé publique.
29. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité* », *op.cit.*,c pp. 154-155.
30. *Ibid.*, p. 157.
31. *Ibid.*
32. *Ibid.*, p. 161.
33. *Ibid.*, p. 163.
34. TGI Versailles, 30 avr. 2014, n° 13/00168.
35. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité* », *op.cit.*, p. 166.
36. *Ibid.*, pp. 163-164.
37. *Ibid.*, pp. 163-164.
38. Alinéa 2 Article 311-20 du Code civil.
39. Alinéa 4 Article 311-20 du Code civil.
40. Alinéa 5 Article 311-20 du Code civil.
41. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité* », *op.cit.*, p. 166.

42. *Ibid.*, p. 168.
43. *Ibid.*, p. 176.
44. *Ibid.*, pp. 25 et suivantes.
45. *Ibid.*, p. 61.
46. *Ibid.*, p. 69.
47. *Ibid.*, pp. 77 et suivantes.
48. *Ibid.*, pp. 91 et suivants.
49. *Ibid.*, p. 70.
50. *Ibid.*, pp. 147 et suivants.
51. *Ibid.*, p. 79.
52. Article 6-1 du Code civil.
53. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », 2014, notamment pp.199 et s.
54. *Ibid.*, notamment p.247.
55. Malgré l'article 311-25 du Code civil, une femme peut en théorie s'opposer expressément à ce que son nom soit inscrit dans l'acte de naissance. Cette démarche reste toutefois aléatoire, V. sur ce point, GOURJADE Linda, Rapport sur « *Le projet de loi relatif à l'admission des enfants en qualité de pupilles de l'Etat* », Assemblée Nationale n° 1224, 4 juillet 2013, p. 8.
56. LIANOS Florence, « L'avenir de l'accouchement dans le secret en France », *Droit et société*, 82/2012, p. 650. Ces enfants sont peu nombreux mais il en existe encore. Ils ont été estimés à 8 en 2008, V. sur ce point, BAREGES Brigitte, Rapport sur « *L'accouchement dans le secret* », Assemblée Nationale, 12 novembre 2010, p. 44.
57. LIANOS Florence, « L'avenir de l'accouchement dans le secret en France », *op.cit.*, p. 650 : Toutefois ces enfants sont difficilement adoptables car les parents peuvent obtenir restitution auprès du TGI de tout ou partie de leur droit en justifiant de circonstances nouvelles, un an au plus tôt après le jugement de retrait de l'autorité parentale.
58. *Ibid.*, notamment p. 228.
59. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité* », *op.cit.*, pp. 202 – 203.
60. BAREGES Brigitte, Rapport sur « *L'accouchement dans le secret* », *op.cit.*, p. 57 : environ 70% des femmes contactées par le CNAOP ont *a posteriori* accepté de révéler leur identité.
61. CA ANGERS 26 janvier 2011.
62. Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du 7 avril 2006, N° de pourvoi: 05-11285 .
63. Cons.const, 16 mai 2002, n° 2012-248 QPC, M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles]
64. CEDH, Arrêt *Odièvre contre France*, 13 février 2003 ; CEDH, Arrêt *Kearns contre France*, 10 avril 2008.
65. Pour une analyse de son argumentaire sur ce point : BOURGAULT COUDEVILLE Dorothée, CRDPD, « Droits de l'enfant : Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n°9, L'enfant né sous X », *op.cit.*
66. LIANOS Florence, « L'avenir de l'accouchement dans le secret en France », *op.cit.*, p. 645.
67. BAREGES Brigitte, Rapport sur « *L'accouchement dans le secret* », *op.cit.*, p.17.
68. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité* », *op.cit.*, p. 263.
69. Voir en ce sens, la proposition de loi n°4043, du 17 décembre 2011 visant à la levée de l'anonymat et à l'organisation de l'accouchement dans le secret.
70. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « *Filiations, origines et parentalité* », *op.cit.*, p. 201.

71. *Ibid.*, p. 203.
72. *Ibid.*, p. 253.
73. BAREGES Brigitte, Rapport sur « L'accouchement dans le secret », *op.cit.*, p. 51.
74. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « Filiations, origines et parentalité », *op.cit.*, p. 253.
75. Expression notamment empruntée à MEHL Dominique, *Les Lois de l'enfantement – procréation et politique en France (1982-2011)*, Sciences Po. Les Presses, Paris, 2011, p. 30.
76. Ce principe signifie que le couples receveur et le futur enfant ne peuvent pas connaître son identité. Seul les CECOS et les praticiens agréés en leurs seins connaissent son identité, les informations sur sa santé, ses données personnelles et familiales. Les centres AMP et les médecins qui y travaillent n'ont que des informations anonymisées sur ces antécédents et ses caractéristiques morphologiques (pour l'appariement) (article R1244-5 CSP).
77. THERY, Irène, *Des humains comme les autres*, Editions de l'EHESS, Paris, 2010, p. 26.
78. MEHL Dominique, *Les Lois de l'enfantement – procréation et politique en France (1982-2011)*, *op.cit.*, p. 12.
79. *Ibid.*, p. 35.
80. THERY Irène, *Des humains comme les autres*, *op.cit.*, p. 30.
81. Argument repris par CE, 13 juin 2013, n°362981.
82. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « Filiations, origines et parentalité », *op.cit.*, p. 226.
83. IACUB Marcela, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistiques juridiques*, Flammarion, Paris, 2003, chapitre 9, p. 214.
84. *Ibid.*, p. 205.
85. MEHL Dominique, *Les lois de l'enfantement – procréation et politique en France (1982-2011)*, *op.cit.*, p. 40.
86. Soutenu également par un avis n°90 du CCNE du 24 novembre 2005 qui propose d'organiser la compétence du CNAOP en la matière et le recueil d'informations non identifiantes concernant l'enfant, la proposition de loi n°3225 du 28 juin 2006 et les rapports OPECST de 2008 et du Conseil d'Etat de 2009, la proposition de loi n°2911 du 20 octobre 2010.
87. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « Filiations, origines et parentalité », *op.cit.*, pp.221 et s. : En raison d'une grave confusion des pouvoirs publics entre origines et filiation : on a craint une biologisation de la parenté, l'ouverture d'une possibilité pour le donneur de faire (un jour) établir sa filiation ; alors que de telles revendications, veulent, au contraire, nier le modèle pseudo-procréatif de la PMA et valoriser les autres modes de constitution de la famille.
88. THERY Irène, LEROYER Anne Marie, Rapport « Filiations, origines et parentalité », *op.cit.*, p. 226 : « il est parfaitement possible de maintenir ab initio un principe d'anonymisation des donneurs –en particulier pour lutter contre toute tentative de marchandisation ou éviter tout eugénisme– tout en admettant in fine, une fois l'enfant devenu majeur, qu'il puisse avoir accès à ses origines personnelles ».
89. *Ibid.*, p. 227 et t suivantes.
90. *Ibid.*, p. 227
91. *Ibid.*, p. 180.
92. *Ibid.*, notamment p. 176 et suivantes.
93. *Ibid.*, chapitre 3 : Le rapport préconise une réforme approfondie de la publicité et de la distribution des actes et copies d'état civil.
94. Article 6-1 du Code civil.
95. *Ibid.*, p. 192 et suivantes.
96. *Ibid.* p. 198.
97. *Ibid.* p. 199 et suivantes.
98. *Ibid.*, notamment p. 288.
99. *Ibid.*, p. 329.

---

## RÉSUMÉS

*En octobre 2013, la ministre déléguée chargée de la famille, Dominique Bertinotti, a demandé à la sociologue Irène Théry et à la juriste Anne-Marie Leroyer de former un groupe de travail pour s'interroger sur les problématiques actuelles en lien avec la filiation, les origines et la parentalité en prévision d'une future loi sur la famille. Le rapport « Filiation, Origines, Parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelles », sorti en avril 2014, comporte deux axes principaux de réflexion : l'un sur le droit de la filiation, l'autre sur l'accès de tout individu à ses origines personnelles. Le périmètre du projet de « loi famille » ne prend pourtant que très peu en compte les nombreuses propositions contenues dans le présent rapport. Les recommandations sont pourtant intéressantes en ce qu'elles visent à abolir le « modèle pseudo-procréatif » qui sous-tend actuellement le droit de la procréation médicalement assistée et de l'adoption. Le rapport cherche alors à penser un droit de la famille et de la filiation pluraliste et transparent.*

## AUTEURS

### LAURIE MARGUET

Doctorante contractuelle en droit public (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, CREDOF)

### MARIE MESNIL

Doctorante en droit privé (Université Paris Descartes, Institut droit de la santé, Inserm UMR S 1145 et Université de Neuchâtel, Institut de droit de la santé)