

Association GIAPS

N° RNA : n° W751252101

JO Associations, n°18, 04/05/2019, annonce 1079

194 rue du Château des Rentiers, 75013 Paris

Paris, le 7 juillet 2021

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseiller-e-s,

Conformément à une coutume constitutionnelle, nous vous adressons une contribution extérieure visant à attirer votre attention sur la non conformité à la Constitution de certaines des dispositions de l'article 4 (AN) devenu l'article 6 de la loi relative à la bioéthique dont vous avez été saisi le 2 juillet 2021 par un groupe de plus de soixante députés.

Ces observations ont été rédigées par Marie Mesnil, Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes 1 et co-présidente du GIAPS avec l'aide de Laurence Brunet, chercheuse en droit privé à l'Université de Paris 1 et membre du GIAPS et Marie-Xavière Catto, Maîtresse de conférences en droit public à Paris 1 et co-présidente du GIAPS.

Comme l'indiquent ses statuts modifiés lors de l'AG du 16 octobre 2020, le GIAPS (Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles) "s'inscrit, d'une part, dans la continuité des combats féministes ; elle reconnaît et se nourrit des savoirs produits par les militantes et les personnes concernées. Elle a pour ligne directrice le combat contre un ordre social structuré par la binarité de sexe. Elle souhaite, d'autre part, perpétuer l'héritage des associations qui, dans les années 1970, en tant que « Groupes d'information », ont lutté bénévolement sur les terrains politique et juridique pour diverses causes. L'association est donc essentiellement composée de juristes, mais est également ouverte aux militantes et militants d'autres disciplines.

"L'association a pour objet les questions procréatives, sexuelles, sexuées et de genre. Elle agit, en particulier, pour l'égalité, par la lutte contre les discriminations, directes ou indirectes, des femmes et des groupes minorisés ; par le soutien, la promotion et la consolidation, par tous moyens, des droits et libertés de ces personnes et groupes et vise à lutter contre les rapports sociaux de pouvoir qu'elles et ils subissent quelle qu'en soit la nature à des fins d'émancipation collective et individuelle".

C'est dans cette perspective que le GIAPS a l'honneur de soumettre à votre attention ses observations sur l'article 6 de la loi qui, dans sa rédaction actuelle semble méconnaître des principes, droits et objectifs à valeur constitutionnelle.

Article 6 de la Loi de bioéthique :

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ». Il est loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel. En effet, l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Néanmoins, il lui donne compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen (Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010).

Or la reconnaissance conjointe, nouveau mode d'établissement de la filiation, est susceptible de porter atteinte aux objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (1°), à la liberté individuelle (2°), au principe d'égalité (3°) et au droit de mener une vie familiale normale (4°).

1°) À propos du manquement à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi

Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 en matière d'état des personnes et notamment de filiation. En outre, le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi (Décision n° 2018-766 DC du 21 juin 2018).

Or, en cas de recours à une assistance médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur, l'article 6 de la loi de bioéthique prévoit, à l'article 342-11 alinéa 1er du Code civil, que "lors du recueil du consentement prévu à l'article 342-10, le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant".

Par la suite, l'alinéa 2 de l'article 342-11 du Code civil dispose que "la filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article".

En d'autres termes, la reconnaissance de l'enfant doit être faite par les deux femmes et bien qu'elle soit désignée comme étant un acte "conjoint", elle permet ensuite d'établir le lien de filiation uniquement à l'égard de la femme qui n'a pas accouché. Le caractère conjoint de la

reconnaissance ne porte ainsi que sur les conditions de réalisation de l'acte sans qu'aucun effet n'en découle sur la filiation de la femme qui accouche de l'enfant.

L'article 342-12 du Code civil dispose que "Lorsque la filiation est établie dans les conditions prévues à l'article 342-11 par reconnaissance conjointe, les femmes...". Or la filiation n'est pas établie que par la reconnaissance conjointe mais également par le biais de 311-25 du Code civil. Par conséquent, l'article ne répond pas à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Dans l'hypothèse où la reconnaissance créée par l'article 6 de la loi de bioéthique n'est pas distincte de la reconnaissance par laquelle un homme établit sa filiation, plusieurs difficultés se posent. En effet, la reconnaissance est un **acte juridique purement personnel** dont la réalisation ne peut être conditionnée à l'accord de l'autre parent à l'égard duquel l'acte ne produit pas d'effet. Strictement personnelle, la reconnaissance est un acte de volonté par lequel son auteur reconnaît être le géniteur de l'enfant, avoir participé au projet parental à l'origine de la naissance de l'enfant ou vouloir remplir auprès de cet enfant un rôle parental, en l'absence de filiation préétablie. Un tel acte ne peut engager que celui qui en est à l'origine. Tout comme aucune reconnaissance conjointe dans sa forme et individuelle dans ses effets n'existe en droit français, ce dernier ne connaît pas non plus la **reconnaissance anté-conceptionnelle**. "Un enfant peut être reconnu à tout âge, même après sa majorité, (...) après son décès ou avant sa naissance à condition d'être déjà conçu" (Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C, § 273 ; F.Granet-Lambrechts, Droit de la famille, Action Dalloz, 2020-2021, n° 212-93). Ainsi, l'acte de reconnaissance doit contenir un certain nombre d'informations : "il est indispensable que son auteur et l'enfant bénéficiaire soient clairement identifiés et que l'aveu soit sans équivoque" (F. Granet-Lambrechts, idem, § 212.94). Par conséquent, la reconnaissance doit désigner un enfant, à naître ou né à l'égard duquel elle produira ses effets ; si l'enfant ne naît pas viable et vivant, la reconnaissance anténatale sera caduque. L'article 6 de la loi de bioéthique ne permet pas à la reconnaissance conjointe, faite en même temps que le consentement au don, de désigner un enfant déjà conçu et identifié. r.

Par essence, au moment où le consentement au don est recueilli par le notaire, l'enfant n'est pas encore conçu, l'accès au parcours d'AMP étant subordonné à la production d'un tel consentement. Les effets de cette reconnaissance sont donc suspendus dans le temps. Or, les parcours d'AMP sont particulièrement longs et conduisent un certain nombre de couples à se séparer. De surcroît, la conception d'un enfant par don de gamètes n'est jamais assurée ou à l'inverse, des grossesses multiples sont possibles. Dans cette dernière hypothèse, la reconnaissance permettra-t-elle d'établir la filiation à l'égard de tous les enfants ou uniquement du premier né ?

L'incertitude, tant sur son objet que sur l'étendue personnelle et temporelle de ses effets, inhérente à une telle reconnaissance anté-conceptionnelle, hypothèque l'intelligibilité de ce mode d'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la femme qui n'a pas accouché. Qu'en sera-t-il alors des effets de ces reconnaissances conjointes faites sans objet ? Comment

la reconnaissance peut-elle être remise en cause si le projet est interrompu ? Quid d'une personne ayant consenti à une AMP et qui met fin à la relation de couple alors que sa conjointe poursuit seule un parcours d'AMP : deviendra-t-elle mère si son ex-conjointe accouche plusieurs années plus tard ?

Enfin, il semble exister une confusion entre les effets du consentement au don et ceux de la reconnaissance. Il est ainsi prévu à l'alinéa 3 de l'article 342-11 du Code civil de quelle manière s'effectuerait une éventuelle contestation en justice de la filiation maternelle ainsi établie à l'égard de la femme qui n'a pas accouché de l'enfant : "Tant que la filiation ainsi établie n'a pas été contestée en justice dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 342-10, elle fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation dans les conditions prévues au présent titre".

Selon le deuxième alinéa de l'article 342-10 du Code civil, "le consentement donné à une assistance médicale à la procréation 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 l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet". Il apparaît alors qu'au stade contentieux, ce n'est pas la reconnaissance conjointe qui doit être remise en cause mais le consentement au don, qui pour aucune des femmes au sein du couple n'est pourtant utilisé aux fins d'établissement de la filiation maternelle. Là encore la loi pêche par approximation.

De même, s'il est prévu plusieurs hypothèses dans lesquelles le consentement au don est privé d'effets, aucune disposition similaire ne concerne la reconnaissance conjointe qui trouverait alors à s'appliquer, y compris en cas "de décès, d'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de l'insémination ou du transfert d'embryon". La loi présente en conséquence des lacunes qui affectent sa cohérence.

Le consentement, une fois privé d'effet, remet-il automatiquement en cause la validité de la reconnaissance conjointe ? Ou le consentement privé d'effet autorise-t-il uniquement à contester ensuite en justice la filiation établie par le biais de la reconnaissance conjointe ? Ainsi la séparation du couple de femmes fait-elle obstacle à l'établissement de la filiation de la femme qui n'a pas accouché de l'enfant par le biais de la reconnaissance conjointe ? Le lien entre le consentement et la reconnaissance conjointe demeure donc incertain.

Ces dispositions sont confuses en ce qu'elles qualifient de conjointe une reconnaissance qui ne l'est pas dans ses effets, qui est anté-conceptuelle et non limitée dans le temps et en ce qu'elles confondent la portée du consentement au don et celle de la reconnaissance.

Elles ne peuvent en outre faire l'objet de précision de la part du pouvoir réglementaire dans la mesure où c'est au législateur de fixer les règles concernant l'état des personnes et en particulier, de déterminer les règles de preuve applicables en matière d'établissement et de

contestation des liens de filiation, notamment lors de l'exercice d'actions en justice (Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011).

2°) À propos de l'atteinte à la liberté individuelle et à la protection de la santé :

Aux termes des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. - Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Il en résulte une exigence de protection de la santé des femmes enceintes ainsi que de l'intérêt supérieur de l'enfant (Décision n° 2019-826 QPC du 7 février 2020).

En outre, la liberté personnelle est protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 inclut la liberté de la femme de prendre les décisions inhérentes à sa maternité (Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001), y compris d'accoucher dans le secret (Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 M. Mathieu E.).

La reconnaissance conjointe comporte nécessairement les informations personnelles permettant d'identifier les deux femmes du couple ayant recours à AMP avec tiers donneur, c'est-à-dire à la fois l'identité de la femme, non gestatrice, pour laquelle la reconnaissance établira sa filiation mais aussi celle de la femme, gestatrice, qui établira sa filiation par le biais de l'article 311-25 du Code civil. Or, pour ne pas exclure du droit d'accoucher sous X la femme portant l'enfant, il est indispensable que la reconnaissance de la mère non gestatrice, n'implique pas de mentionner le nom de la femme qui pourrait demander le secret sur son identité.

En effet, selon l'article 62 du Code civil, "l'acte de reconnaissance énonce les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance.

Il indique les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance, sous réserve des dispositions de l'article 326" permettant lors de l'accouchement à la mère de "demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé".

Le caractère conjoint de la reconnaissance porte ainsi atteinte à la possibilité pour la femme de demander le secret à propos de son admission à la maternité et de son identité. En cela, les dispositions de l'article 6 portent atteinte à la liberté individuelle de la femme qui accouche ainsi qu'à la protection de la santé dans la mesure où ce dispositif vise à préserver la santé des femmes et des nouveaux-nés.

3°) À propos de l'atteinte au principe d'égalité

Selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes (Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013).

La mise en place de la reconnaissance conjointe porte atteinte au principe d'égalité à double titre.

Une première atteinte au principe d'égalité est constituée en ce que la femme qui a conçu un enfant par le biais d'une AMP avec tiers donneur dans le cadre d'un projet parental commun ne peut pas accoucher dans le secret. En effet, la reconnaissance conjointe qui est le seul moyen d'établir la filiation à l'égard de la mère non gestatrice comporte son identité. Dans toutes les autres situations (AMP seule, AMP avec un homme, conception naturelle), les femmes disposent de la possibilité d'accoucher sous X. Les femmes ayant eu recours à une AMP avec une autre femme n'est pas placée dans une situation différente que les femmes ayant eu recours à une AMP avec tiers donneur avec un homme. Alors qu'elles sont placées dans la même situation, elles ne disposent pas des mêmes facultés vis-à-vis de l'accouchement dans le secret sans que la différence de traitement ne soit justifiée par aucune raison d'intérêt général. Cette différence de traitement porte en outre atteinte à la protection de la santé de la femme et de l'enfant.

Une seconde atteinte au principe d'égalité est constituée à l'égard de la mère non gestatrice, qui ne peut pas se voir appliquer la présomption de parenté qui existe en mariage, ni reconnaître son enfant, après sa conception ou sa naissance, devant un notaire ou l'officier d'état civil.

Cette femme, second parent, est pourtant dans la même situation qu'un homme qui, infertile, a recours à une AMP avec tiers donneur : il s'agit ainsi du second parent, co-auteur d'un projet parental commun. La différence de traitement tient au sexe de la personne, entendu comme le sexe à l'état civil, à une époque où le sexe du parent est indifférent quant aux droits et devoirs du parent vis-à-vis de son enfant.

On pourrait considérer que la différence de situation tient à la composition du couple, formé par un couple de femmes d'un côté, et un couple formé d'un homme et d'une femme de l'autre. Pour autant, ces couples sont placés, au regard de l'AMP avec tiers donneur, exactement dans la même situation aussi bien d'un point de vue biologique que du droit.

S'il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convenait de tirer de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe avant l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes (Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010), il en va différemment maintenant qu'il est reconnu par l'article 1er de la loi de bioéthique que "l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. 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" (l'article L. 2141-2 alinéa 1er du Code de la santé publique). Toute condition liée à une infertilité de nature pathologique est désormais supprimée. Il est en outre précisé à l'alinéa 2 de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique que "cet accès ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des

demandeurs". Aucune différence n'existe donc, selon l'article 1er de la loi de bioéthique, dans l'accès à l'AMP entre les couples formés d'un homme et d'une femme ou de deux femmes.

Les différences pouvant être établies entre les couples ne peuvent l'être qu'au regard du statut de celui-ci -concubin-e-s, partenaires ou conjoint-e-s- et non pas du fait de la composition du couple, composé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes. En ce sens, il est possible pour le législateur d'instituer des différences de traitement entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas (Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010). Autrement dit, la différence de traitement ne peut être justifiée uniquement par la composition du couple ou l'orientation sexuelle des personnes. En ce sens, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a permis à ces derniers de bénéficier des procédures d'adoption. L'ouverture de l'AMP avec tiers donneur devrait alors emporter les mêmes effets au regard de la filiation de la femme qui ne porte pas l'enfant.

Et pourtant, les dispositions en matière de filiation prévues à l'article 6 de la loi de bioéthique sont spécifiques aux couples de femmes sans que les travaux parlementaires n'éclaircissent le motif pour lequel ces couples se voient soumis à un dispositif juridique différent. Il s'agit manifestement d'une atteinte au principe d'égalité dans la mesure où, alors que les couples sont tous dans la même situation quand ils sont candidats à l'AMP avec tiers donneur, ils sont soumis à une différence de traitement au moment d'être reconnus comme parents, sans que cette différence ne soit justifiée par aucun motif objectif, en rapport avec l'objet de la loi de bioéthique, ou d'intérêt général.

À propos de l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale :

Le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

Or, en subordonnant l'établissement de la filiation à la rédaction d'un acte notarié, donc payant, ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté individuelle et du droit de mener une vie familiale normale.

En effet, l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la femme qui n'a pas porté l'enfant par la seule production de la reconnaissance conjointe, acte notarié réalisé avant la conception de l'enfant par les deux femmes, réduit considérablement les possibilités d'établir la filiation de l'enfant.

La mère non gestatrice pourrait à l'inverse reconnaître l'enfant dont sa compagne, partenaire ou conjointe, a accouché. La reconnaissance, mode d'établissement de la filiation connu et éprouvé, ne serait lié ni à la femme qui accouche de l'enfant, ni à la validité du consentement au don de gamètes.

L'officier d'état civil recevrait la reconnaissance de maternité d'une femme qui s'engagerait comme parent à l'égard de l'enfant conçu ou né d'une autre. La femme n'attesterait pas de sa qualité de génitrice mais de sa participation au projet parental qui a conduit, à l'aide d'une AMP

avec tiers donneur, à la naissance de cet enfant. En cela, il s'agirait du même dispositif prévu pour l'homme dont la femme a accouché d'un enfant conçu grâce à une AMP avec tiers donneur.

Cette faculté d'un homme de reconnaître n'importe quel enfant a été présentée comme justifiée par la vraisemblance biologique ; il est possible qu'il soit le géniteur de l'enfant qu'il reconnaît. S'il est effectivement impossible de penser la même chose d'une femme, il est toutefois vraisemblable que dans une telle situation l'enfant a été conçu par AMP avec tiers donneur. Autrement dit une femme qui vient reconnaître un enfant témoigne qu'elle est à l'origine du projet parental qui a conduit à sa naissance.

Il n'y a aucune raison de ne pas accorder aux femmes la même présomption de bonne foi que celle dont bénéficient les hommes qui font des reconnaissances. Les restrictions apportées à leur possibilité de mener une vie familiale normale sont donc injustifiées.

En effet, s'il existe un géniteur, celui-ci peut contester la filiation en prouvant que l'enfant n'est pas issu de l'homme l'ayant reconnu ou de la PMA avec tiers donneur. Cette éventualité est précisément prévue par les dispositions existantes en matière d'AMP et reprises à l'article 342-10 alinéa 2 du Code civil : « Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation 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 l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet ».

L'homme qui serait le géniteur de l'enfant pourrait ainsi contester la filiation établie par la femme qui, sans en avoir accouché, reconnaît être la mère de l'enfant, comme il le ferait si un autre homme avait reconnu son enfant. La filiation à l'égard de la femme qui n'a pas accouché pourrait ainsi être contestée en cas de reconnaissance mensongère, c'est à dire dans le cas où elle n'est pas à l'origine du projet parental.

En conclusion, la reconnaissance conjointe est un mode d'établissement de la filiation *sui generis* qui porte atteinte à plusieurs règles et principes à valeur constitutionnelle. Il convient par conséquent de déclarer les dispositions des articles 342-11, 342-12 et 342-13 du Code civil issus de l'article 6 de la loi de bioéthique contraires à la Constitution, ou, afin de respecter la volonté du législateur et de la rendre conforme aux principes constitutionnels, d'interpréter ces dispositions de la manière suivante.

Proposition du texte qui serait conforme à la Constitution :

Art. 342-11. – Lors du recueil du consentement prévu à l'article 342-10, le couple de femmes est informé des conditions d'établissement de la filiation.

La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par reconnaissance. Celle-ci peut être faite, dès la

conception de l'enfant, par acte notarié ou à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance.

Tant que la filiation ainsi établie n'a pas été contestée en justice dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 342-10, elle fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation dans les conditions prévues au présent titre.

Afin de rendre ces dispositions conformes à la Constitution, il conviendrait de formuler une réserve d'interprétation neutralisante aux termes de laquelle la reconnaissance conjointe n'est pas différente de la reconnaissance de l'article 316 du Code civil et que par conséquent, pour la femme qui n'a pas accouché de l'enfant, le lien de filiation est établi dans les mêmes conditions qu'à l'égard d'un homme qui a recours, en couple avec femme, à une AMP avec tiers donneur.