



HAL
open science

L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale

Laurence Brunet

► **To cite this version:**

Laurence Brunet. L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2020, 25, pp.11-18. hal-04097606

HAL Id: hal-04097606

<https://hal.science/hal-04097606>

Submitted on 25 May 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.

L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale.

Laurence Brunet

Chercheuse associée à l'ISJPS, UMR 8103, CNRS-Université Paris 1

L'Assemblée nationale a adopté, en première lecture le 15 octobre 2019, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à « tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes » et à « toute femme non mariée » (art. L 2141-2 CSP). Cette volonté politique était confortée par des mesures financières puisque le texte voté par l'Assemblée nationale prévoyait que toutes les procédures d'AMP, quels qu'en soient les bénéficiaires, seraient prises en charge par la sécurité sociale, dissociant ainsi le bénéfice de l'AMP de tout diagnostic de stérilité de nature pathologique. Le Sénat a profondément modifié la logique qui présidait initialement à l'extension de l'AMP à toutes : si le texte adopté le 4 février 2020 a maintenu l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées, il ne le fait, semble-t-il, que sur le mode de la concession. Est, peu ou prou, rétablie la disposition actuelle selon laquelle l'AMP « a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple formé d'un homme et d'une femme dont le caractère pathologique est médicalement constaté ». Un nouvel article, article L. 2141-2-1, viendrait ensuite étendre ce droit aux couples de femmes et aux femmes non mariées, comme s'il s'agissait là d'une dérogation à la finalité première de l'AMP. Cette distinction, entre les couples hétérosexuels stériles et les couples de femmes ou les femmes non mariées, n'est pas purement symbolique ; elle emporte des conséquences très concrètes : seule serait prise en charge par la solidarité nationale l'AMP ouverte aux couples hétérosexuels, tenue pour pallier médicalement une stérilité considérée comme pathologique ; en conséquence de l'absence de finalité médicale, l'AMP avec don de sperme devrait être supportée financièrement par les nouvelles bénéficiaires, les femmes non mariées et les couples de femmes.

Cette conception différente, entre l'Assemblée nationale et le Sénat, qui pourrait se limiter au seul l'objet de l'AMP, traduit en réalité une divergence bien plus profonde quant au pluralisme familial. Le maintien d'une telle distinction entre les projets parentaux a en effet un retentissement sur les conséquences de l'ouverture de l'AMP, à savoir le mode

d'établissement de la filiation des enfants issus d'une AMP avec don de gamètes au sein d'un couple de femmes. Sans surprise, la hiérarchie que le Sénat instaure entre les familles constituées par don de sperme, selon qu'elles sont formées par un couple composé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes, entraîne des règles d'établissement de la parenté de nature très différente. L'Assemblée nationale n'était pas non plus parvenue à établir entre les familles une égale reconnaissance par le droit de la filiation. La filiation des enfants nés au sein d'un couple de femmes reste, en l'état du débat législatif, irréductiblement marquée par une spécificité qui est nécessairement stigmatisante. Les options en débat permettaient pourtant d'éviter un tel travers (II).

Cette résistance à l'assimilation s'enracine, semble-t-il, dans le souci commun aux deux chambres, d'imposer une forme de transparence sur le mode de conception de l'enfant né dans une famille composée de deux femmes. Le débat législatif a en effet tout du long été parasité par une confusion entre l'établissement de la filiation et l'accès aux origines : l'établissement de la filiation à l'égard de deux femmes a en effet été instrumentalisé par la préoccupation qu'il devait rendre compte du mode de conception des enfants. La question de l'accès à la vérité de ses origines est ainsi venue brouiller les esprits (I).

I. La subversion du débat sur la filiation par celui sur l'accès aux origines

Le projet gouvernemental de révision de la loi de bioéthique comportait dès le départ un volet sur l'ouverture de l'AMP à toutes les femmes, quel que soit leur statut conjugal, et un volet sur l'accès aux origines des enfants nés par don de gamètes.

Le premier répondait à la demande de reconnaissance des familles homoparentales qui, depuis le vote de la loi du 17 mai 2013, se trouvent dans une situation incohérente et injuste : les couples de femmes ne peuvent pas avoir recours en France à un don de sperme pour concevoir un enfant mais, si cet enfant a été pu être conçu ailleurs, dans un pays leur permettant de bénéficier d'un tel don, alors il leur est possible de fonder une famille commune par le recours à

l'adoption¹ : les dispositions du droit permettant l'adoption de l'enfant du conjoint ont en effet été mécaniquement étendues aux couples de personnes de même sexe mariés, par la loi du 17 mai 2013. La conjointe peut donc introduire auprès du juge une demande d'adoption de l'enfant né de son épouse, dès lors qu'il n'y a pas d'autre filiation établie que celle de la mère qui a accouché (art. 345-1 1° C. civ.).

Un second volet du projet de loi s'adressait aux personnes nées d'un don de gamètes qui revendiquent depuis plusieurs années la remise en cause du principe de l'anonymat du don de gamètes afin de pouvoir accéder à des informations et, surtout, à l'identité du donneur dont les gamètes ont permis leur conception. Au soutien de cette doléance identitaire s'ajoutaient deux arguments de poids : la caducité *de facto* de l'anonymat et sa potentielle inconventionnalité. L'étude d'impact accompagnant le projet de loi insistait sur ces points : la multiplication du recours à des tests récréatifs d'ancestralité, proposées par des sociétés implantées à l'étranger, permettent désormais de retrouver de plus en plus fréquemment des ascendants biologiques ou proches (ou *diblings* : *DNA siblings*)². Même si l'usage de ces tests est prohibé par le droit français, on sait que le contournement du cadre national est aisé, puisqu'il suffit de commander de tels tests via internet, et qu'il demeure très largement impuni, même lorsque des personnes reconnaissent publiquement y avoir eu recours. La parution du livre d'A. Kermalvezen³ relatant comment il a pu ainsi retrouver et entrer en contact avec le donneur dont les gamètes étaient à l'origine de sa conception a fait grand bruit au moment où démarrait le processus de révision de la loi de bioéthique.

A l'épreuve des pratiques venait s'adjoindre un argument de nature purement juridique pour réaménager l'anonymat du don de gamètes : la menace d'une condamnation de la France par la Cour EDH⁴. Si cette Cour ne s'est, à ce jour, jamais prononcée sur le droit d'une personne conçue grâce à un don de gamètes d'accéder à des informations sur le donneur, elle a, à plusieurs reprises, qualifié de « vital » « l'intérêt à obtenir les informations qui sont indispensables aux individus pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »⁵. Même si les autorités nationales disposent d'une certaine marge d'appréciation quant à l'interprétation des dispositions garanties par la Conv. EDH, cette marge se réduit lorsqu'un consensus contraire se dégage de la législation des autres États membres. Or on sait que nombre d'États ont fortement assoupli le principe de l'anonymat des

dons de gamètes en permettant à l'enfant, une fois devenu majeur, d'accéder à l'identité de son donneur. Il n'est donc pas exclu⁶ que la Cour EDH finisse par considérer que la législation française sur l'anonymat du don de gamètes, par son caractère absolu, n'assure pas une conciliation équilibrée entre les intérêts du géniteur à protéger sa vie privée et celui de l'enfant de connaître ses origines, en ce qu'elle n'aménage à la personne issue d'un don aucun accès possible à l'identité de son géniteur⁷.

Le projet de loi avait donc, sur ces deux sujets, deux ambitions bien distinctes, dont les motivations ne se superposaient pas : d'un côté, promouvoir, au nom de l'égalité, les droits procréatifs de toutes les femmes, en élargissant l'accès aux dons de gamètes et en organisant en conséquence la filiation des enfants qui en seraient issus au sein des couples de femmes ; d'un autre côté, relâcher les effets du principe de l'anonymat du don de gamètes afin de protéger le droit à l'identité de la personne et son autonomie personnelle. Ainsi présentés, les deux objectifs n'avaient rien à voir l'un avec l'autre et pourtant, dès le début des travaux parlementaires, ils se sont télescopés.

En réalité l'ouverture de l'AMP à toutes femmes a servi, de manière plus ou moins diffuse au cours des travaux préparatoires, de tremplin à la reconnaissance d'un droit des enfants nés d'un don à connaître l'identité de leur géniteur.

La corrélation entre les deux thématiques est manifeste dès l'étude d'impact, même si celle-ci s'en défend : s'il est précisé que « l'ouverture de l'accès aux données du donneur de gamètes ne doit pas être considérée comme un conséquence nécessaire de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires », on lit immédiatement après qu' « il est raisonnable d'anticiper le fait que les enfants issus d'une assistance médicale à la procréation réalisée au sein d'un couple de femmes ou au bénéfice d'une femme non mariée seront confrontés à un besoin de quête identitaire, plus ou moins pressant mais cette quête est également vraie dans l'absolu »⁸. Le rapport de la Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique fait aussi ressortir un rapport de cause à effet entre la consécration de la famille constituée par deux femmes et la nécessité de réviser le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes : « dans l'hypothèse où l'accès à l'AMP serait ouvert aux femmes, seules ou vivant en couple, le secret portant sur le mode de conception serait *de facto* inexistant puisque, double ou simple, la filiation biologique serait invraisemblable. On peut donc prévoir, toutes choses égales par ailleurs, une augmentation du nombre

1 - L. Brunet, J. Courdurières, M. Giroux et M. Gross, « La difficile conciliation entre le vécu des familles conçues avec assistance médicale à la procréation et le droit : perspectives franco-québécoise » in *Procréation assistée et filiation*, ed. M.-X. Catto et K. Martin-Chenut, Mare et Marin, 2019, p. 81-112, spéc. p. 87 et s.

2 - Etude d'impact, projet de loi relatif à la bioéthique, 23 juillet 2019, p. 142-143 ; Mission d'information sur la révision de la loi relative à la loi de bioéthique, Rapport n° 1572, Ass. Nat., 15 janvier 2019, p. 52.

3 - A. Kermalvezen, avec Ch. Rotman, *Le fils*, L'Iconoclaste, Paris, 2019.

4 - Etude d'impact précitée, p. 129-130 ; Mission d'information, rapport précité, p. 53.

5 - CEDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, § 38 ; CEDH 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, § 62.

6 - Et ce d'autant qu'un recours est pendant sur cette question devant la Cour EDH : CEDH, 5 juin 2018, n°21424/16, *Gauvin-Fournis*.

7 - L. Brunet, « Le principe de l'anonymat du don de gamètes en France : un pilier au socle d'argile ? » in *Procréation, Médecine et Don*, ed. P. Jouannet, Lavoisier, Paris, 2016, p. 99-117, spéc. p. 110-113 ; Rapport commission spéciale, t. I, p. 122 ; D. Fenouillet, « L'exacerbation de la volonté de l'enfant : le droit aux origines personnelles, soutien de la vérité biologique au détriment de la vie familiale ? » Dr famille 2020, supplément janvier, dossier 5.

8 - Etude d'impact précitée, p. 67.

de demandes portant sur l'accès aux origines, qui seront autant de remises en cause du principe d'anonymat »⁹. Dans l'esprit de nombre de parlementaires s'insinue donc une liaison logique et indéfectible entre les nouvelles familles homoparentales que la loi cherche à instituer et la levée inévitable de l'anonymat du donneur : les enfants de deux mères homosexuelles sauront qu'ils ne peuvent avoir été engendrés par elles seules et ils devraient inévitablement rechercher à identifier celui à qui ils doivent la vie. La liberté qui serait reconnue à l'enfant, devenu majeur, d'avoir accès à des informations sur le géniteur serait, pour les adversaires de la réforme, une mesure servant à « compenser l'impossibilité organisée pour l'enfant d'avoir un père »¹⁰ : ainsi la sénatrice Muriel Jourda dénonce-t-elle que « l'accès aux origines du tiers donneur » puisse « tenir lieu de succédané de la lignée paternelle » dont l'enfant serait amputé si l'AMP était ouverte aux couples de femmes¹¹.

La levée de l'anonymat paraît donc, dans l'esprit du législateur, être indissociable de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes. Les enfants conçus et élevés dans ces couples en seraient les premiers bénéficiaires. Il est présumé, que sachant comment ils ont été conçus, ils souhaiteront nécessairement disposer d'informations sur leur géniteur. Ce raccourci va alors conduire implicitement certains parlementaires à considérer les enfants des familles homoparentales comme bénéficiant d'un avantage au regard de l'accès à leurs origines : la filiation biologique étant invraisemblable dans ces familles, le secret sur le mode de conception n'existera pas et les enfants seront pleinement en mesure de choisir de rechercher l'identité de leur géniteur. Ce qui est tenu pour une compensation supposée de la lignée paternelle par certains parlementaires devient subrepticement chez d'autres une forme de privilège : l'accès aux origines profitera davantage aux enfants des familles homoparentales qui ne pourront ignorer leur mode de conception, alors que les enfants des couples hétérosexuels maintenus dans le secret sur le don à l'origine de leur naissance resteront privés d'un tel droit. Le pas est aisé qui consiste à poser la situation des enfants de parents de même sexe comme un modèle, le principe de la non-discrimination y conduit très directement. Le raisonnement qui s'insinue dans le débat est simple : les enfants conçus dans le cadre d'un couple de femmes sauront nécessairement qu'un tiers donneur a permis leur conception, les autres enfants nés d'un don devraient donc aussi être en mesure de le savoir. Si certains enfants nés grâce à un don de gamètes peuvent avoir accès à l'histoire de leur conception, alors il devrait en être de même pour tous les enfants conçus dans les mêmes conditions. L'avantage dont les enfants des couples

de femmes jouiraient au regard de l'accès à leurs origines devrait être étendu à tous les enfants nés pareillement d'un don de gamètes. Xavier Breton, qui s'oppose au projet dans son ensemble et notamment à la suppression de l'anonymat du don, formule de manière très imagée un tel enchaînement logique lors des débats en séance publique à l'Assemblée nationale : « la levée de l'anonymat (...) participe de l'effet domino de ce projet de loi : on étend l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules, ce qui débouche obligatoirement sur la revendication de la levée de l'anonymat des donneurs. Il s'agit également d'un effet mikado : si l'on demande cette levée pour les couples de femmes et les femmes seules, on l'imposera ensuite aux couples hétérosexuels. Cette mesure est typique des effets domino et mikado qu'engendre ce texte »¹². Ainsi est clairement interrogée la subversion de la réflexion, restée le plus souvent souterraine et peu explicitée dans les discussions, qui conduit à glisser de l'ouverture de l'AMP avec don aux couples de femmes à un impératif de transparence pour tous les enfants sur leur mode de conception.

Un tel raisonnement a des conséquences directes sur les options proposées pour adapter les règles du droit de la filiation à l'ouverture envisagée de l'AMP à toutes les femmes. Il a en effet servi de levier à une proposition de réforme, non plus limitée aux enfants nés d'un don de gamètes dans un couple de femmes, mais étendu à tous les enfants conçus grâce à une telle technique, de façon à généraliser le bénéfice supposé de la transparence sur les origines. Telle est en effet l'option soutenue par la Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique et reprise du rapport Théry-Leroy de 2014¹³. Le rapporteur de la mission d'information parlementaire, J.-L. Touraine, s'y prononçait en faveur de la création d'un mode original d'établissement de la parenté pour tous les couples recourant à un don de gamètes, qu'ils soient de même sexe ou de sexes différents : une déclaration commune anticipée serait conjointement souscrite par les deux parents devant le notaire avant la mise en œuvre du don de gamètes. À la naissance de l'enfant, la déclaration commune anticipée, transmise à l'officier d'état civil, permettrait l'établissement immédiat de la filiation des deux parents, aussi bien de celle du parent qui a accouché que de l'autre. Cette déclaration, formalisant le projet parental réalisé par don de gamètes, figurerait en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Elle serait donc visible, tout au moins pour les parents et l'enfant, une fois majeur, lorsqu'ils demanderont à obtenir une copie intégrale de l'acte de naissance à l'occasion d'une démarche administrative ou judiciaire. Même si les événements de la vie civile où il faut

9 - Mission d'information, rapport précité, p. 52.

10 - C. Pérès, « Lien biologique et filiation, quel avenir ? », Dr famille 2020, supplément janvier, dossier 3.

11 - Voir les motifs de l'amendement n° com-167, présenté par M. Jourda, à la Commission spéciale sur la bioéthique du Sénat, en vue de supprimer l'article ouvrant l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules (https://www.senat.fr/amendements/commissions/2019-2020/63/Amdt_COM-167.html)

12 - Assemblée nationale, Compte rendu intégral, Troisième séance du vendredi 27 septembre 2019, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cri/2018-2019-extra2/20192018.asp#P1838264>

13 - « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », rapport du groupe de travail présidé par I. Théry et A.-M. Leroyer, remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé, Odile Jacob, Paris, 2014, p. 192-209.

produire une copie intégrale sont limités¹⁴, une telle copie intégrale de l'acte de naissance est encore nécessaire, entre autres, pour les parents s'ils veulent divorcer ou demander une modification de l'exercice de l'autorité parentale après leur séparation¹⁵, et pour l'intéressé lui-même, devenu majeur, notamment pour la délivrance d'un acte d'agrément en vue de l'adoption d'un enfant (article R 225-3 Code de l'action sociale et de familles), pour changer de nationalité, de prénom ou encore pour divorcer. Une copie intégrale de l'acte de naissance peut aussi être délivrée au notaire et, dans certaines circonstances, aux administrations publiques ou aux généalogistes¹⁶.

Ce scénario associe étroitement le mode d'établissement de la filiation à l'information sur le mode de conception de l'enfant par don de gamètes. La déclaration anticipée de filiation, mentionnée sur l'acte de naissance, révélerait que l'enfant n'est pas issu de ses seuls parents légaux, mais que ceux-ci ont eu recours à un don de gamètes, voire d'embryon, pour le faire naître. Les parents ne pourraient donc plus garder le secret sur les origines de l'enfant ; il seraient forcés de raconter les modalités de sa conception à l'enfant, en tout état de cause avant que celui-ci ne devienne majeur et qu'il ne risque de les découvrir en obtenant une copie intégrale de son acte de naissance. Tel était bien l'effet recherché par le rapporteur de la mission d'information parlementaire, soucieux que les enfants nés d'un don de gamètes soient mis en capacité d'exercer leur droit à connaître les détails de leurs origines : « la mention de la déclaration commune anticipée serait une incitation – jugée opportune – à révéler à l'enfant son mode de conception le plus tôt possible dans sa vie, en tout état de cause avant 18 ans »¹⁷. On voit, à travers ce scénario, comment l'élaboration d'un statut pour les familles constituées par un couple de femmes a pu devenir le ferment d'un projet de réforme des règles de la filiation et de l'état civil tout entier au service de l'accès aux origines des

enfants nés d'un don de gamètes.

Même s'il avait retenu l'attention du gouvernement dans le projet de loi initial qui avait circulé au début de l'été 2019, ce scénario est, en l'état des débats parlementaires, repoussé. Il avait été critiqué par le Conseil d'Etat au cours des travaux préparatoires, avant même la publication du rapport de la mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique¹⁸. Celui-ci estimait qu'une telle solution « viendrait fragiliser le droit des parents au respect de leur vie privée », pour ceux tout au moins qui sont hétérosexuels. Dans l'avis rendu le 18 juillet 2019¹⁹ au gouvernement, qui hésitait à choisir ce scénario, le Conseil d'Etat réitérait sa critique, tout en l'étayant: une telle option faisait « prévaloir à l'égard des couples formés d'un homme et d'une femme le droit des enfants à connaître leurs origines, sur la liberté des parents de choisir ou non de révéler le mode de conception et, si oui, à quel moment ». Or, à ses yeux, le choix du moment et les modalités d'une telle révélation « peuvent être regardés comme étant la responsabilité des parents tant que l'enfant est mineur ». On ne peut qu'approuver une telle appréciation. Comment ne pas dénoncer l'intrusion de l'Etat dans la vie privée de ces familles, contraintes par une sorte de « chantage à l'état civil » de révéler à leur enfant son mode de conception par don ? Comment ne pas s'inquiéter qu'une information strictement personnelle soit divulguée aux tiers qui auraient à connaître de l'acte de naissance de l'enfant ? Au demeurant on pouvait s'interroger sur l'opportunité de faire figurer sur un acte d'état civil une information qui aurait mieux trouvé sa place, compte tenu de sa nature, dans un dossier médical par exemple. Les modalités de conception des enfants n'ont jamais intéressé l'état civil qui ne se préoccupe que de consigner les liens juridiques entre un enfant et son parent, serait-il ou non le géniteur²⁰. Le Conseil d'Etat ajoutait qu'au surplus ce mode de filiation spécifique introduirait une différence, parmi les parents hétérosexuels qui ont eu recours à une AMP, entre ceux qui ont eu besoin d'un don et ceux qui ont pu s'en passer et que cette différence serait d'ailleurs susceptible de se retrouver au sein d'une même fratrie, où un enfant pourrait être issu d'une procréation charnelle et l'autre d'une procréation médicalement assistée avec don de gamètes²¹. La stigmatisation qui aurait ainsi été introduite aurait eu un impact loin d'être insignifiant : elle aurait concernée tous les parents qui du fait de leur infertilité ou de leur orientation sexuelle ont besoin de recourir à un don de gamètes. Par

14 - Il n'est notamment plus nécessaire de fournir une copie intégrale de l'acte de naissance pour la première demande de passeport biométrique (décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports, art. 5 modifié par le décret n°2010-506 du 18 mai 2010) ou de carte d'identité (décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, article 4), ou pour se marier (art. 70 C. civ, modifié par la loi du 18 novembre 2016).

La dématérialisation de l'état civil (Décret n° 2011-167 du 10 février 2011 instituant une procédure de vérification sécurisée des données à caractère personnel contenues dans les actes de l'état civil), via la plateforme COMEDDEC (Arrêté du 23 décembre 2011 relatif aux échanges par voie électronique des données à caractère personnel contenues dans les actes d'état civil) devrait réduire très sensiblement les occasions pour un individu d'avoir en main une copie intégrale de son acte de naissance : « la copie intégrale papier est remplacée par la transmission uniquement des données nécessaires à chaque démarche » (<https://ants.gouv.fr/Les-solutions/COMEDDEC/Application-demarches>). Mais cet instrument d'échanges de données entre administrations et professionnels, devenu obligatoire pour les communes disposant d'une maternité depuis 2016, ne couvre encore que 1258 communes sur les 34839 recensées en France (<http://www.presse.justice.gouv.fr/dossiers-de-presse-10097/dossiers-de-presse-2019-12952/echanges-dematerialises-des-donnees-de-letat-civil-comedec-32817.html>).

15 - Chaque parent doit fournir une copie intégrale de son acte de naissance et de celui de chaque enfant.

16 - Voir article 30 du décret n° 2017-8890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil.

17 - Mission d'information, Rapport précité, p. 85.

18 - Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, étude à la demande du Premier ministre, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 28 juin 2018, p. 55-59.

19 - Conseil d'Etat, Assemblée générale, Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, n° 397.993, 18 juillet 2019, p. 15.

20 - L'adoption ne fait pas exception à cette règle d'indifférence de l'état civil au mode de conception de l'enfant : certes le jugement d'adoption est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant (totalement nouveau en cas d'adoption plénière), mais rien n'est indiqué pour autant sur la façon dont l'enfant a été conçu par ceux qui l'ont donné en adoption ou par celle qui a accouché dans le secret. L'Etat, en mentionnant le jugement d'adoption, se contente ici de tracer le passage, le transfert d'une famille à une autre.

21 - Conseil d'Etat, Assemblée générale, avis précité, p. 15.

ricochet un tel système dérogatoire d'établissement de la filiation aurait sous-entendu que les enfants nés d'un don de gamètes n'étaient pas des enfants comme les autres.

Une fois écarté ce scénario, inspiré par un souci excessif de favoriser l'accès aux origines au détour d'une réforme visant à instituer la filiation homoparentale, quelles options restaient alors en lice ?

II. Les options relatives à la filiation dans le débat

Si l'on sépare les enjeux liés à la filiation de la question de l'accès aux origines, seule une question juridique restait dans le débat : comment établir la filiation de la seconde femme au sein d'un couple lesbien ? En effet même si l'ouverture de l'AMP avec don de gamètes s'adresse aussi bien aux femmes seules qu'aux couples de femmes, les aménagements des règles de la filiation ne se sont concentrés que sur la seconde hypothèse. Alors même qu'avant sa lecture pour avis par le Conseil d'Etat, le projet de loi hésitait à étendre les nouvelles règles de filiation prévues à tous ceux qui recouraient à l'AMP avec don de gamètes, ce qui incluait les femmes non mariées, dès son dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale, le projet de loi écartait cette hypothèse et restreignait le périmètre de la réforme du droit de la filiation aux seuls couples lesbiens. On aurait pourtant pu penser que le souci accordé tout au long des débats au critère de la vraisemblance aurait pu conduire le législateur à ranger les femmes seules dans la même catégorie que les couples de femmes dès lors que leur enfant était issu d'un don de gamètes. Mais très vite c'est le choix inverse, plus simple, qui s'est imposé, celui de faire abstraction, au moment de l'établissement de la filiation, du don de gamètes dont l'enfant serait issu pour les femmes seules comme pour les couples de sexes différents. Il n'y avait alors rien à modifier aux règles actuelles qui absorbent aisément ces nouvelles bénéficiaires du don de gamètes : celle qui a porté l'enfant et qui en accouche est mentionnée comme la mère, quelle que soit la manière dont l'enfant a été conçu, y compris grâce aux gamètes d'un tiers. Il suffit seulement de prévoir que, préalablement à l'AMP, cette femme devra donner son consentement au don devant un notaire, comme les couples de sexes différents (art. 342-10 du Code civil nouveau). La branche de la filiation laissée vacante pourra par la suite être occupée par un homme à qui il suffira de reconnaître l'enfant, ou par une autre femme, si elle épouse la mère et si elle introduit une procédure d'adoption de l'enfant de sa conjointe²². Le débat législatif s'est ainsi focalisé sur la figure du parent d'intention, c'est-à-dire sur la seconde mère, celle qui n'a ni accouché ni transmis ses gènes à l'enfant²³ mais qui est partie prenante au projet parental qui a conduit à sa naissance.

22 - Voir *infra* L. de Saint Pern.

23 - Quand bien même les deux femmes le souhaiteraient ou si une indication médicale le justifiait, le projet de loi interdit à l'une des deux femmes d'utiliser ses ovocytes pour concevoir l'enfant que l'autre porterait.

Un premier scénario simple était envisageable, même s'il a été très vite écarté. Inspiré du droit québécois ou belge²⁴, il consistait à étendre aux couples de femmes les dispositions applicables depuis 1994 aux couples hétérosexuels qui recourent à un don de gamètes, moyennant quelques adaptations : le consentement à l'AMP avec don de gamètes serait recueilli par le notaire²⁵ avant que le traitement puisse avoir lieu ; à la naissance de l'enfant, l'épouse de la femme ayant accouché deviendrait la co-parente de l'enfant par l'effet d'une présomption de co-maternité ; la compagne non-mariée de la mère, en apportant l'attestation de consentement préalablement signée, preuve de l'existence du projet parental, pourrait alors reconnaître l'enfant. Aucun mode d'établissement ne serait spécifiquement réservé aux couples bénéficiaires d'une AMP avec tiers donneur, au contraire, tous bénéficieraient des modes d'établissement de droit commun, comme tous les autres parents. Cette option avait la préférence de la Commission nationale consultative des droits de l'homme²⁶ mais aussi des principales associations de personnes concernées²⁷. Il avait cependant été critiqué par le Conseil d'état et la Mission parlementaire d'information : en effet en étendant les modes d'établissement classiques de la filiation, cette solution en dénaturerait « la philosophie » qui repose, selon eux, sur « la vraisemblance, le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique »²⁸.

On peut s'étonner de la caractérisation qui est ainsi faite des règles actuelles de la filiation. La filiation n'a jamais été conçue comme une traduction, une imitation, des liens biologiques. Planiol et Ripert écrivaient en 1923, dans leur *Traité de droit pratique de droit civil français*, « l'état d'une personne est une situation juridique, établie sur de règles légales et qui peut d'ailleurs ne pas correspondre à l'état naturel ». Une personne peut avoir une filiation « contraire à la réalité des choses », autrement dit un enfant peut être juridiquement rattaché à des parents qui ne sont pas ses géniteurs. Ces auteurs soulignaient bien que dans la tradition juridique française, la filiation juridique ne correspond pas nécessairement à la « vérité biologique ». Les auteurs avaient bien sûr à l'esprit les paternités endossées par le mari de la mère, ou imposées à lui par le jeu d'une présomption de paternité quasi-irréfragable à l'époque où ils écrivaient. L'enjeu de la filiation est, depuis toujours, d'identifier les personnes qui vont être responsables de l'enfant, qui vont devoir l'éduquer, qui en auront la charge

24 - L. Brunet, J. Courdurières, M. Giroux et M. Gross, « Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale », GIP Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2017.

25 - Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, l'acte de notoriété n'est plus délivré par le juge du tribunal d'instance, mais par le notaire (art. 317 C. civ).

26 - CNCDH, avis relatif à l'assistance médicale à la procréation, 20 nov. 2018, p. 12-13

27 - Voir la tribune « PMA : de futurs enfants stigmatisés par le droit », Libération, 2 mai 2019, https://www.liberation.fr/debats/2019/05/02/pma-de-futurs-enfants-stigmatises-par-le-droit_1724583.

28 - Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 61 ; Mission parlementaire, *op. cit.*, p. 82.

financière, qui exerceront sur lui une autorité et qui lui transmettront un patrimoine et envers lesquelles l'enfant aura à son tour des devoirs. Certes l'expertise biologique a gagné une place prédominante, du fait de son efficacité, dans les actions en contestation et en recherche de filiation²⁹ mais c'est uniquement comme preuve de la filiation lorsqu'il y a un doute ou une incertitude sur le géniteur. L'empire de la vérité biologique s'arrête aux portes des tribunaux, elle n'a jamais envahi le bureau de l'état civil. On ne peut pas confondre les modes extra-judiciaires d'établissement de la filiation (qui concernent 99% des enfants) et qui sont indépendants des liens génétiques, et les modes de preuve dans les procès, qui effectivement reposent sur cette vérité désormais accessible.

En droit positif, les modes d'établissement de la filiation reposent, en dehors des prétoires, très largement sur la volonté, la déclaration d'engagement des personnes qui veulent se rattacher l'enfant et en assumer l'éducation. C'est évident pour la reconnaissance d'un enfant par un homme en dehors du mariage (il n'existe aucun contrôle, même de la vraisemblance biologique) ; c'est tout aussi évident, même si cette volonté doit s'être manifestée au quotidien et dans la durée, pour la possession d'état qui est un mode autonome d'établissement de la filiation depuis 1982. Même la présomption de paternité, souvent présentée comme une présomption de lien biologique, peut être vue comme la manifestation, dans la filiation, de l'engagement de l'époux, au moment du mariage, d'accueillir tous les enfants qui seront mis au monde par son épouse³⁰.

C'est bien la raison pour laquelle la filiation après recours à un don de gamètes, quand elle a dû être pensée pour les couples hétérosexuels en 1994, s'est coulée sans difficulté³¹ (mais après mûre réflexion toutefois) dans le dispositif traditionnel des modes d'établissement de la filiation, même s'il a fallu introduire des ajustements pour la paternité, notamment sur le terrain contentieux³².

Dès lors que l'on convient que l'acte de naissance ne s'est jamais embarrassé d'indiquer comment et avec qui, vraiment, l'enfant avait été conçu, on peut se demander quel est l'obstacle qui empêche d'étendre les dispositions actuelles sur l'AMP avec don aux couples de femmes. Est-ce la vraisemblance biologique ? Pourtant le droit et la jurisprudence ont pris beaucoup de liberté avec cette vraisemblance. Rien n'interdit à un homme, même s'il n'est manifestement pas le géniteur d'un enfant de le reconnaître

(si par exemple il est très âgé ou notoirement infertile...)³³. La filiation hors mariage d'un enfant a pu être établie via la possession d'état à l'égard d'un homme alors que l'enfant disposait déjà d'une filiation établie à l'égard du mari de sa mère³⁴.

La seule vraisemblance qui résiste c'est celle du couple hétérosexuel. Jusqu'à aujourd'hui, seuls les couples composés d'un homme et d'une femme peuvent recourir aux modes d'établissement traditionnels que sont la présomption de paternité, la reconnaissance et la possession d'état (art. 6-1 c. civ). Mais cette exigence de vraisemblance peut-elle suffire à interdire l'application du droit commun à la filiation au sein d'un couple de femmes ? N'est-elle pas un obstacle incongru, et aujourd'hui plus obsolète que jamais, dès lors que l'on revient aux sources de l'institution de la filiation et à ses finalités premières ? La filiation sert avant tout à construire des liens d'identification protecteurs entre des personnes majeures et les enfants qu'ils ont contribué à faire naître -que ce soit à l'issue d'une relation charnelle ou avec l'assistance de la médecine et, éventuellement d'un donneur. Intégrer la filiation à l'égard de deux femmes dans le système actuel ne serait donc pas une hérésie -surtout au moment où on leur ouvre l'accès à l'AMP-, les fondements pluriséculaires de la filiation ne s'effondreraient pas ; seule la fausse croyance que la filiation juridique est fondée sur la biologie serait atteinte...

Le choix des députés s'est finalement rabattu sur une dernière option, celle qui était privilégiée par le Conseil d'Etat³⁵ : le mécanisme de la déclaration commune anticipée, défendu, on l'a dit, par la Mission d'information sur la loi relative à la bioéthique, a été repris et voté en première lecture à l'Assemblée nationale mais en le réservant aux seuls couples de femmes. Il s'agirait d'une « déclaration anticipée de filiation » (DAF) organisée dans un titre spécifique nouveau (VII bis), intégré dans le Code civil après les règles communes sur la filiation : la DAF serait souscrite devant le notaire en même temps que le consentement au don de gamètes ; produite à l'officier d'état civil après l'accouchement, elle établirait conjointement la filiation des deux femmes et serait indiquée sur l'acte de naissance de l'enfant. Pour le Conseil d'Etat en effet, une telle mention ne semblait pas soulever les mêmes difficultés de révélation, possiblement intempestive, de son mode de conception à l'enfant, dès lors qu'un couple de femmes ne peut vraisemblablement prétendre avoir procréé celui-ci. Il est donc admis que l'enfant sera rapidement informé qu'un donneur de sperme a participé à sa venue au monde. Dans cette option, le droit actuel resterait applicable aux couples de sexes différents, ce qui continuerait de leur ménager la

.....
29 - Pour un bilan complet voir D. Fenouillet, article précité, seconde partie.

30 - A. Colin, « De la protection de la descendance au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 182-257

31 - Cf A. Dionisi-Peyrusse, « Repenser la filiation en cas d'ouverture de l'AMP à toutes les femmes », *JCP* 2019. 748.

32 - Le lien de filiation paternelle est en effet incontestable, alors même que le père n'est évidemment pas le géniteur ; la paternité peut être établie de manière forcée sur le fondement du consentement donné à l'AMP avec don (art. 311-20 c. civ.)

.....
33 - A noter toutefois que l'article 336 c. civ. permet au ministère public d'agir en contestation en cas d'in vraisemblance tirée des actes eux-mêmes

34 - Civ. 1^{re}, 10 févr. 1993, *RTD civ.* 1993.337, obs. J. Hauser, D. 1993.490, note J. Hauser et P. Nicoleau, D. 1993. Somm. 325, obs. F. Granet-Lambrechts

35 - Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 63.

possibilité de préserver le secret sur le mode de conception de l'enfant. Coexisteraient ainsi deux modalités différentes d'établissement de la filiation, « selon que le couple est de même sexe ou non, la première reposant sur le rôle accru de la volonté, la seconde sur le mimétisme avec la procréation charnelle »³⁶. La solution serait de nature à favoriser l'acceptation de la réforme en apaisant les craintes de ceux qui refusent l'égalité des droits entre les familles et qui entendent que l'on ne nie pas qu'il faut toujours un spermatozoïde et un ovocyte pour faire un enfant : l'état civil des enfants des couples de femmes porterait alors la trace du recours au don pour signifier le caractère sexué de la reproduction et instituer par ce biais une figure paternelle.

Pourtant les travers d'une telle solution n'ont pas manqué d'être signalés. Tout d'abord, pour la première fois en droit français, le mode de conception de l'enfant serait inscrit, par le truchement d'un mode d'établissement de la filiation singulier, sur un acte d'état civil. Le mécanisme n'échappe pas au défaut de la solution plus large dont il s'inspire, celle de la déclaration anticipée de filiation pour tous les couples, de même sexe ou de sexes différents, qui auraient recours à un don de gamètes pour avoir un enfant : il confond pareillement la filiation juridique et les origines biologiques. Si le format réduit aux seuls couples de femmes du mécanisme ainsi prévu permet de préserver l'intimité (de la procréation) des familles hétérosexuelles d'une trop forte immixtion de l'Etat, une telle option encourt toujours la critique d'amalgamer ce qui relève de l'état civil et ce qui ressort du dossier médical.

Ensuite, si tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'aucun couple de femmes ne cachera à son enfant qu'il a été conçu grâce à l'intervention d'un géniteur extérieur, quelle est alors l'utilité de l'indiquer dans l'acte de naissance par le biais d'un mode d'établissement de la filiation réservé aux familles dont les parents sont deux femmes ? Un tel mécanisme ne servirait alors qu'à rappeler que deux ovocytes ne permettent pas biologiquement de faire un enfant. Mais est-ce là le rôle dévolu à l'acte de naissance qui doit indiquer les personnes responsables de l'enfant et instituer ainsi des liens de parenté entre individus ? Les registres d'état civil n'ont historiquement jamais été un casier enregistrant l'absence ou la présence de liens génétiques entre un enfant et celui qui est considéré comme son parent. Jamais aucune attestation sur le mode de « fabrication » de l'enfant n'a été requise avant une déclaration de naissance à l'officier de l'état civil.

Enfin, une telle solution revient à créer des filiations différentes en fonction de l'orientation sexuelle des parents : « d'un côté, une nouvelle filiation uniquement pour les lesbiennes et de l'autre, le droit commun, réservé aux

hétérosexuels »³⁷. C'est précisément parce que cette option créerait un mode d'établissement *ad hoc* pour les couples de femmes qu'elle avait été jugée discriminatoire envers les couples de femmes et évincée par la Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique. A la suite des nombreuses critiques exprimées à l'encontre de ce système stigmatisant les familles homoparentales, le mécanisme prévu a été retouché *in extremis* avant la discussion du projet devant la Commission spéciale de l'Assemblée nationale. La DAF initialement prévue est devenue une « reconnaissance prénatale conjointe », intégrée au titre VII du Code civil relatif à la filiation, juste après le droit applicable aux couples hétérosexuels. Mais n'est-ce pas là un maquillage qui n'infléchit en rien la logique dérogatoire des dispositions prévues pour établir la filiation de l'enfant né au sein d'un couple de femmes ? Les familles des couples lesbiens n'en ressortiront pas moins d'un régime exorbitant du droit commun applicable aux seuls couples hétérosexuels.

Ce dispositif a essuyé une dernière critique qui a fait mouche et a par conséquent conduit le Sénat à revenir à une option que l'on pensait pourtant définitivement écartée. Certains sénateurs ont en effet été particulièrement sensibles au fait que la reconnaissance prénatale anticipée établirait la filiation des deux femmes sans préciser laquelle avait porté l'enfant et en occultant donc l'accouchement. Un tel mécanisme, à leurs yeux, remettrait en cause un des rouages du système occidental de la filiation qui institue celle qui a accouché comme la mère. La fonction cardinale de l'accouchement dans la construction de la maternité ne pouvait, à leurs yeux, être ainsi balayée au détour d'une telle réforme. Promouvoir une lecture de la maternité exclusivement fondée sur la volonté ou l'engagement était, de surcroît, paver la voie à une légalisation de la gestation pour autrui : immanquablement aurait-on été, selon eux, entraîné à reconnaître une maternité fondée sur la seule intention. D'où le retour de faveur au Sénat de la solution de l'adoption intrafamiliale pour établir le lien entre l'enfant et sa seconde mère. Certes, il ne s'agirait pas de revenir au mécanisme actuel de l'adoption intrafamiliale qui ne permet pas d'empêcher que la seconde mère, la mère « sociale », une fois séparée de la mère légale, ne soit évincée de la vie de l'enfant avant que l'adoption n'ait pu être prononcée³⁸. Tirant en partie les leçons des contentieux actuels³⁹, le dispositif voté en première lecture par le Sénat prévoit une procédure protégeant plus efficacement les droits de la seconde

37 - « Les lesbiennes sont-elles des mères comme les autres ? », Blog Mediapart du Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles (GIAPS), 9 août 2019, <https://blogs.mediapart.fr/association-giaps/blog/090819/les-lesbiennes-sont-elles-des-meres-commeles-autres-1>.

38 - Conseil d'État, étude précitée, p. 59-60 ; Défenseur des droits, Avis n° 18-23, 10 octobre 2018 (renvoyant à l'avis n° 15-18, 3 juillet 2015) ; CNCDH, avis relatif à l'assistance médicale à la procréation précité, p. 12-13 ; Mission d'information, Rapport précité, p. 79-80.

39 - L. Brunet, J. Courduriès, M. Giroux et M. Gross, « La difficile conciliation entre le vécu des familles conçues avec assistance médicale à la procréation et le droit : perspectives franco-québécoise », article précité, p. 88 et s.

36 - Conseil d'Etat, étude précitée, p. 63.

mère : si les deux femmes en font la demande au notaire, le consentement à une AMP avec don vaudra consentement, de la part de la mère qui accouchera, à l'adoption de l'enfant qui en sera issu par sa compagne. Par le même acte, cette dernière s'engagerait à faire une demande d'adoption de l'enfant, sans quoi sa responsabilité pourrait être engagée, ainsi que l'adoption prononcée à la requête de la mère de l'enfant (article 342-10 nouveau, al. 6 à 9). Les conditions de l'adoption seraient par ailleurs assouplies et la procédure simplifiée : l'adoption serait ouverte à tous les couples, qu'ils soient mariés, liés par un PACS ou concubins ; aucune condition d'âge ni d'accueil au foyer de l'adoptant depuis six mois ne serait exigée et le tribunal judiciaire aurait un mois pour rendre son jugement, contre six pour les autres procédures d'adoption.

Aussi ajustée et sécurisée que puisse être l'adoption intrafamiliale, elle ne pourra masquer la régression qu'elle emporterait dans la reconnaissance des familles formées par les couples lesbiens. Imposer le détour par l'adoption, même aménagée, c'est introduire une différence entre la mère qui accouche et celle qui n'a pas accouché, qui ne pourrait être parent par l'effet de la loi ou par une simple reconnaissance, comme le peut l'homme dans un couple hétérosexuel. La mère « sociale » devra toujours se soumettre au contrôle d'un juge avant d'obtenir l'autorisation d'être considérée par la loi comme le second parent. Même allégée, on peut douter que la procédure reste sans frais⁴⁰. De surcroît, leur consentement à l'AMP avec don de gamètes ne vaut pas systématiquement consentement de celle qui accouchera à l'adoption de l'enfant par sa compagne. Les deux femmes doivent en faire la demande au notaire. Que se passera-t-il si ce dernier omet de les informer de cette option ou si les deux femmes ne sont pas d'accord pour y recourir ? Le texte voté par le Sénat ne prévoit pas de leur refuser en ce cas l'accès à l'AMP avec don de gamètes. En conséquence, comme aujourd'hui, les droits de celle qui n'aura pas porté l'enfant seront toujours à la merci de celle qui en aura accouché : celle-ci, seule mère légale, pourra toujours refuser son consentement à l'adoption de l'enfant par sa compagne ou le rétracter dans un délai de deux mois, en cas de tension ou de conflit dans le couple. Revenir à l'adoption intrafamiliale pour instituer la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple de femmes, c'est donc indéniablement introduire une hiérarchie entre la famille où les deux parents sont de sexes différents et celle où ils sont de même sexe. Dans cette dernière catégorie, l'établissement de la filiation serait décalée entre les deux mères, ce qui pourra fragiliser la reconnaissance du statut parental de la mère « sociale ». L'égalité entre les deux formes de famille exige une désignation directe et sans condition de celle qui n'a pas porté l'enfant, mais qui l'a tout autant désiré, comme mère légale dans l'acte de naissance de l'enfant.

.....
40 - D'autant que la réforme de la procédure civile, introduite par les décrets du 11 et 20 décembre 2019, a suscité des incertitudes sur l'obligation ou non de se faire représenter par un avocat en cas de procédure d'adoption de l'enfant du conjoint (comp. art. 761 et art. 1168 CPC)

L'option choisie par le Sénat sera sans doute balayée par l'Assemblée nationale, où la majorité est favorable à une reconnaissance *ab initio* des deux femmes dont le projet parental est à l'origine de la naissance de l'enfant. Est-ce que les défauts soulevés par le Sénat dans la solution retenue en première lecture par l'Assemblée nationale inciteront les députés à revoir leur copie ? On aimerait l'espérer, et ce d'autant plus qu'il existe une alternative simple : l'extension du droit commun avec une maternité fondée sur l'accouchement pour l'une et la volonté pour l'autre, par le biais de la présomption ou la reconnaissance.

Laurence Brunet