

A S S E M B L É E N A T I O N A L E

X V ^e L É G I S L A T U R E

Compte rendu

Mission d'information de la Conférence des présidents sur l'adaptation de la politique familiale française aux défis de la société du XXI^e siècle

- Audition, ouverte à la presse, de M. Victor Deschamps,
maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas,
membre du laboratoire de sociologie juridique 2
- Présences en réunion 17

Mercredi
2 octobre 2019
Séance de 15 heures 15

Compte rendu n° 7

SESSION ORDINAIRE DE 2019-2020

**Présidence de
M. Stéphane Viry,**
*Président de la mission
d'information*



Mission d'information de la Conférence des présidents sur l'adaptation de la politique familiale française aux défis de la société du XXI^e siècle

Mercredi 2 octobre 2019

La séance est ouverte à quinze heures quinze.

(Présidence de M. Stéphane Viry, président de la mission d'information de la Conférence des présidents)

M. le président Stéphane Viry. Mes chers collègues, dans le cadre de notre mission d'information nous consacrons nos premières auditions à des réflexions d'ordre général sur l'évolution de la structure familiale et de la notion de famille. Nous avons entendu dans ce contexte des philosophes, des sociologues et des économistes avec lesquels nous avons eu des propos très libres en vue de nous nourrir de leurs regards et de leurs conceptions.

Nous poursuivons cette phase d'auditions en recevant ce jour M. Victor Deschamps, maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, avec lequel nous évoquerons les évolutions qu'a pu connaître en France le modèle familial, mais aussi la question plus spécifique de la filiation.

Monsieur Deschamps, vous êtes l'auteur d'une thèse sur la notion de filiation, notion complexe qui comporte de multiples facettes juridiques, psychologiques, biologiques et sociologiques.

Vous vous êtes particulièrement intéressé à la cohérence de ce concept et à ses fondements face au développement de techniques comme l'assistance médicale à la procréation (AMP).

Nous sommes donc au cœur de nos préoccupations et nous sommes très intéressés aujourd'hui par votre analyse pour mieux cerner ce qui actuellement fait famille et quels sont les impacts des évolutions récentes sur notre politique familiale.

Mme Nathalie Elimas, rapporteure. Cette mission d'information a pour objectif de travailler sur la politique familiale entendue au sens le plus large, pour voir comment elle s'adapte afin de répondre aux grands défis de notre époque et comment l'on fait famille aujourd'hui.

Votre intervention ce jour est particulièrement opportune. En effet, nous allons incessamment sous peu aborder l'article 4 de la loi de bioéthique qui traite spécifiquement de la filiation. Nous sommes donc très heureux de vous entendre dans ce cadre.

La procréation médicalement assistée (PMA) pour toutes est actée à ce stade. Il s'agit à présent de s'interroger avec vous sur les conséquences sociétales et juridiques de cette évolution en matière de filiation dans le titre VII du Livre premier du Code civil. Une rédaction est proposée aujourd'hui, la question est de savoir si elle est suffisante en l'état ou si elle doit évoluer et s'il faut continuer à y travailler.

Tels sont les sujets sur lesquels nous sommes heureux de vous entendre aujourd'hui.

M. Victor Deschamps, maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, membre du laboratoire de sociologie juridique. C'est en tant que juriste spécialiste du droit de la filiation que je m'exprime ce jour devant vous.

Concernant l'établissement de la filiation au sein des couples de femmes ayant recours à une AMP, je souhaite tout d'abord préciser ce dont il est question lorsque l'on parle de filiation. Chacun se fait une représentation de ce qu'est la filiation. Or pour le juriste, cette notion possède un sens bien précis. Elle désigne un lien de droit. La filiation désigne en effet le lien de nature juridique qui unit un enfant à ses parents. Ce lien de droit n'existe qu'à condition d'avoir été établi. Il faut que le droit passe pour qu'un lien de filiation soit établi entre un enfant et ceux qui sont reconnus comme ses parents.

Cela se fait au moyen de différents modes d'établissement de la filiation. Il s'agit de mécanismes techniques qui permettent de rattacher juridiquement un enfant à ceux qui sont responsables de sa venue au monde.

Initialement l'article 4 du projet de loi bioéthique prévoyait la création d'un nouveau mode d'établissement de la filiation appelé « déclaration commune anticipée de volonté » qui aurait été inséré dans un titre VII *bis* du Code civil réservé aux enfants nés d'une AMP effectuée au sein d'un couple de femmes.

À la suite des auditions réalisées par la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, le gouvernement et la rapporteure ont déposé un amendement adopté par la commission qui prévoit de réintégrer la filiation des enfants nés d'une AMP au sein d'un couple de femmes dans le titre VII du Livre premier du Code civil.

Cette évolution me semble positive puisqu'elle va dans le sens d'une égalité de traitement de tous les enfants nés d'une AMP avec don de gamètes. Toutefois, d'un point de vue juridique la proposition formulée n'est pas satisfaisante. Car il est toujours prévu d'instaurer un régime juridique dérogatoire applicable aux seuls couples de femmes. On entre dans le Code civil, on recourt à la reconnaissance, mais il s'agit d'une reconnaissance propre aux enfants nés d'un couple de femmes.

Si le projet était adopté en l'état, les femmes bénéficiant d'une AMP avec don de gamètes devraient procéder à une reconnaissance conjointe anticipée de l'enfant devant le notaire chargé de recueillir le consentement à l'AMP. Une fois l'enfant venu au monde, c'est cette reconnaissance conjointe anticipée qui établirait sa filiation de manière indivisible à l'égard de ses deux mères.

Bien que nous soyons revenus dans le titre VII du Code civil et que nous ayons recours à cette institution bien connue qu'est la reconnaissance, il s'agit en réalité d'un copier-coller du régime juridique prévu pour la déclaration commune anticipée de volonté. Le nom est différent, mais le régime juridique reste le même : un régime juridique propre aux enfants nés au sein d'un couple de femmes.

L'amendement voté en commission, tout comme le projet de loi, procède ainsi à une double différence de traitement. Si la femme qui porte l'enfant et qui accouche est en couple avec un homme ou célibataire, sa filiation s'établira par la mention de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, selon l'article 311-25 du Code civil. En revanche, en l'état actuel du projet, si elle est en couple avec une femme, la filiation s'établira par l'effet de la reconnaissance conjointe anticipée. Il y a là une première différence de traitement.

S'agissant de la femme qui n'accouche pas, une seconde différence de traitement se présente par rapport à l'homme qui consent à une AMP avec don de gamètes. Alors que ce dernier peut bénéficier de la présomption de paternité s'il est marié ou procéder à une reconnaissance avant ou après la naissance de l'enfant, la femme qui consentirait à l'insémination de sa compagne devrait nécessairement faire établir sa filiation par la reconnaissance conjointe anticipée.

Or cette double différence de traitement n'est pas justifiée par une différence de situation. Le lien qui unit une femme à l'enfant qu'elle porte et dont elle accouche est indifférent de sa situation conjugale. Dans tous les cas, la gestation et l'accouchement exigent que sa filiation soit établie par la mention de son nom dans l'acte de naissance.

Si l'on se place ensuite du point de vue de la femme qui ne porte pas l'enfant, celle-ci se trouve dans une situation identique à l'homme qui consent à une AMP avec don de gamètes. Ils ont l'un et l'autre consenti à l'insémination de leur compagne avec le sperme d'un tiers donneur.

Il a donc bien là une différence de traitement qui n'est pas justifiée par une différence de situation. Juridiquement, nous pouvons y voir une discrimination.

Pour y remédier tout en sécurisant la filiation des enfants nés au sein d'un couple de femmes et en préservant le droit actuellement applicable au sein des couples composés d'un homme et d'une femme, il suffirait d'étendre le régime juridique applicable à la filiation des enfants nés au sein de ces derniers. Ce régime juridique, hérité de l'article 311-20 du Code civil, serait parfaitement cohérent au sein des couples de femmes puisqu'il fonde la filiation des enfants nés d'une AMP sur le consentement exprimé par leurs parents devant notaire.

Aujourd'hui, au sein d'un couple composé d'un homme et d'une femme bénéficiant d'une AMP, la filiation de l'enfant repose en effet sur le consentement exprimé par les parents devant le notaire. Deux mesures prévues à l'article 311-20 du Code civil permettent de s'en convaincre. Si l'homme qui a consenti l'AMP ne reconnaît pas l'enfant, il est possible d'agir en justice et de forcer l'établissement de la filiation en prouvant son consentement. La filiation peut donc être établie de manière forcée sur la preuve du consentement. Réciproquement, il est possible de contester la filiation de l'enfant né d'une AMP avec don de gamètes en prouvant soit que l'enfant n'est pas né de l'AMP, mais procréé charnellement, soit que le consentement qui avait été exprimé dans un premier temps a été privé d'effet par la rétractation ou par sa caducité.

Nous disposons donc aujourd'hui d'un régime qui fonde la filiation sur le consentement des parents à l'AMP. Puisqu'il est envisagé de permettre demain à deux femmes de consentir à une AMP, il serait parfaitement cohérent d'étendre l'article 311-20 du Code civil aux couples de femmes. Cela aboutirait à l'établissement de la filiation à l'égard de celle qui accouche par la mention de son nom dans l'acte de naissance et l'établissement de la filiation à l'égard de sa conjointe par une reconnaissance identique à celle qui peut aujourd'hui être faite par l'homme qui consent à une AMP.

Cet alignement du régime de l'article 311-20 impliquerait de renoncer au caractère conjoint et anticipé du mode d'établissement de la filiation prévu dans le projet de loi. Toutefois, cela ne poserait pas de difficulté.

Le caractère conjoint a été proposé dans le projet de loi afin d'éviter toute hiérarchie entre les deux femmes qui consentent à l'AMP. Les représentants du monde associatif ont critiqué le fait qu'actuellement, lorsque deux femmes ont recours à une AMP à l'étranger, une hiérarchie s'observe entre elles. En effet, la filiation s'établit à l'égard de celle qui porte l'enfant par la mention de son nom dans l'acte de naissance, et s'établit ensuite à l'égard de sa compagne par la voie de l'adoption. Outre le fait que l'adoption ne peut être sollicitée qu'au sein des couples de femmes mariées, la femme qui a accouché a la possibilité de s'opposer à l'adoption de l'enfant par sa compagne, ce qui pose un certain nombre de difficultés notamment en cas de séparation du couple une fois l'enfant venu au monde.

C'est donc la volonté d'effacer cette hiérarchie qui a conduit le gouvernement à proposer un mode d'établissement conjoint.

Néanmoins, si nous avons recours à l'article 311-20 et si nous étendions le droit actuellement applicable au sein des couples hétérosexuels, cela n'impliquerait aucune hiérarchie entre les deux femmes, puisque nous ne passerions plus par l'adoption mais directement par le titre VII du Code civil.

Aujourd'hui, lorsqu'un couple composé d'un homme et d'une femme recourt à une AMP, la filiation s'établit différemment à l'égard de l'homme et à l'égard de la femme. Pour autant, personne ne songe à y voir une quelconque hiérarchie entre le père et la mère. Cette différence du mode d'établissement de la filiation n'est que la conséquence du fait que l'un des membres du couple a accouché et l'autre non. Mais une fois la filiation établie, aucune différence ne se manifeste quant à ses effets. La femme qui accouche n'a aucun pouvoir de s'opposer à l'établissement de la filiation à l'égard de son compagnon. Il en irait de même demain pour les couples de femmes.

Le caractère anticipé de la reconnaissance s'expliquait quant à lui par le souhait de prévenir des situations qui se rencontrent en réalité très rarement en pratique et qui peuvent en outre déjà être réglées par l'application du droit positif.

La volonté était d'éviter que la femme qui consent à l'AMP mais ne porte pas l'enfant s'abstienne de faire établir sa filiation. Cependant, actuellement lorsque l'homme qui a consenti à une AMP s'abstient de faire établir sa filiation, la mère de l'enfant peut agir en justice pour forcer l'établissement de cette filiation en prouvant le consentement exprimé par cet homme. Il pourrait en aller de même demain au sein des couples de femmes. Il suffirait à la femme ayant porté l'enfant d'aller voir le juge, de lui remettre le consentement exprimé par sa compagne pour que la filiation soit judiciairement établie.

Le deuxième intérêt invoqué au soutien du caractère anticipé était d'éviter l'établissement de la filiation à l'égard d'un tiers mal intentionné qui chercherait à reconnaître l'enfant né d'une AMP à la demande d'un couple de femmes. Mais cette situation est très hypothétique. Nous ne disposons d'aucun cas de jurisprudence correspondant. Et même si cette situation se présentait, elle pourrait être réglée par l'application du droit positif.

Si un tiers venait reconnaître l'enfant né d'une AMP réalisé au sein d'un couple de femmes, la mère ou sa compagne pourrait intenter une action en contestation de la filiation. En ce cas, de deux choses l'une : soit l'enfant a bien été procréé par ce tiers qui a eu une relation sexuelle avec la mère, dans ce cas il est logique que la filiation soit établie à son égard, soit ce n'est pas le cas, alors la filiation est détruite et permet à la deuxième mère de reconnaître l'enfant.

Le droit applicable actuellement permet donc de répondre à ces situations.

L'extension de l'article 311-20 m'apparaît comme la meilleure des solutions. D'un point de vue textuel, contrairement à ce qui a été affirmé par le Conseil d'État dans son avis du 24 juillet 2019, les modifications seraient minimales. Cela impliquerait de modifier deux alinéas de l'article 311-20 pour qu'il ne soit plus réservé aux couples composés d'un homme et d'une femme mais étendu aux couples de femmes et aux femmes non mariées. Cela ne changerait rien à la situation des couples hétérosexuels qui pourraient continuer à faire établir leur filiation comme ils le font à présent. Cela n'introduirait aucune hiérarchie entre les deux mères, pas plus qu'il n'y a de hiérarchie entre la mère et le père actuellement. Cela permettrait de sécuriser la filiation des enfants nés au sein de couples de femmes. Aucun couple hétérosexuel ne se plaint en effet d'une insécurité tenant au régime juridique qui lui est applicable. Cette sécurité serait donc la même au sein des couples de femmes. Et cela permettrait enfin de régler la situation des enfants nés d'une AMP à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi. En effet, en l'état actuel du projet, dans la mesure où la filiation serait attachée au consentement à l'AMP, toutes les femmes ayant consenti à l'AMP hors du cadre nouveau qui est prévu ne pourraient pas faire établir leur filiation selon les nouvelles modalités.

M. le président Stéphane Viry. Selon vous, la clé de voûte serait donc l'extension du régime juridique appuyé sur l'article 311-20 du Code civil.

M. Victor Deschamps. Cette extension me semblerait en effet à la fois cohérente et pertinente. Elle me semblerait cohérente, car l'article 311-20 fonde déjà la filiation des enfants nés d'une AMP sur le consentement des parents.

Le Conseil d'État a invoqué le fait que la filiation serait fondée sur la « vraisemblance biologique ». Mais la filiation de l'enfant n'est pas fondée sur la vraisemblance biologique. L'enfant n'est pas rattaché à n'importe quel couple composé d'un homme et d'une femme pouvant vraisemblablement passer pour ses parents. L'enfant est rattaché juridiquement à l'homme et à la femme qui ont consenti à l'AMP.

La notion de vraisemblance biologique a été invoquée en 1994 lorsque l'on a eu recours au mécanisme de la procréation charnelle en matière d'AMP. Il a été dit alors que l'on pouvait avoir recours à l'AMP parce que les apparences étaient sauves. Nous nous trouvions à l'époque dans une logique biologique. Nous avons considéré que l'on pouvait avoir recours à des mécanismes fondés sur la biologie dans une hypothèse où la biologie n'avait aucune part, en vertu de la crédibilité du système. En réalité, le système mis en place en 1994 fondait déjà la filiation sur le consentement. Le régime inscrit à l'article 311-20 du Code civil le montre bien. Si l'homme ne reconnaît pas l'enfant, la filiation est établie sur la base du consentement. Si un homme qui n'a pas consenti reconnaît l'enfant, cette filiation peut être contestée.

Il serait donc cohérent d'avoir recours à l'article 311-20 et à une extension aux couples de femmes et aux femmes non mariées du régime juridique déjà applicable. C'est d'ailleurs le choix qui a été posé par les législateurs étrangers, notamment belges et québécois, qui ont choisi d'étendre aux couples de femmes bénéficiant d'une AMP le régime juridique applicable aux couples hétérosexuels, qu'ils procréent charnellement ou dans le cadre d'une AMP.

M. le président Stéphane Viry. Dans la note qui vous a été remise avant la présente audition, la question suivante vous était posée : le droit de la filiation est-il adapté aux formes

contemporaines de la parentalité, notamment la PMA ? J'ai cru comprendre que votre réponse à cette question était positive et qu'il n'était pas nécessaire de tout réinventer. Vous me direz s'il en va bien ainsi.

Par ailleurs, en tant que juriste vous avez forcément une volonté de rigueur et de lisibilité. Quelle importance accorderiez-vous à ce titre au fondement de la filiation ? Jadis un étudiant en droit de première année comprenait rapidement que la filiation était établie par deux ou trois modes. C'était dans l'ensemble assez mathématique. La façon dont notre droit évolue va-t-elle selon vous dans le sens d'une lisibilité accrue ou au contraire d'une complexité renforcée par rapport à l'idée que nous pouvons nous faire, in fine, de la famille ?

M. Victor Deschamps. Lorsque l'on envisage la PMA, il n'est pas question de parentalité mais de parenté. Les juristes distinguent ces deux notions. Le parent est celui qui est responsable de la venue au monde de l'enfant, qui l'a procréé soit charnellement soit dans le cadre d'une AMP. La parentalité renvoie pour sa part à la prise en charge effective d'un enfant mineur.

La filiation, lien de droit, est fondée sur la parenté et peut avoir des conséquences sur le plan de la parentalité. Celui qui a engendré l'enfant est reconnu juridiquement comme son parent et cette reconnaissance juridique par l'établissement d'un lien de filiation entraîne des effets en matière notamment d'autorité parentale et de prise en charge de l'enfant.

À la question de savoir si la filiation est adaptée aux nouvelles formes de parenté, je répondrais par l'affirmative. Mais cela suppose de changer le regard que nous portons sur notre droit, en particulier sur le titre VII du Livre premier du Code civil.

Si l'on considère que le titre VII est fondé sur la biologie, alors il est logique de considérer qu'il est incohérent d'avoir recours à ses mécanismes lorsque l'on sait que l'enfant n'est pas lié biologiquement à ses parents. C'est le point de vue d'un certain nombre de juristes. Or je ne le partage pas.

Le Code civil n'a jamais affirmé que la filiation du titre VII était fondée sur le lien biologique. Il nous dit que la filiation maternelle est fondée sur la maternité et la filiation paternelle sur la paternité. Autrement dit, la filiation, ce lien de droit, est fondée sur la parenté, qui est un lien de fait.

Pourquoi en sommes-nous arrivés à une analyse biologique du fondement de la filiation ? Historiquement, il n'existait qu'une seule manière de faire des enfants : la procréation charnelle. Nous ne posons donc pas la question de savoir ce qu'était un parent. Le parent était celui qui avait procréé charnellement l'enfant. En revanche, la question à laquelle ont été confrontées les sociétés depuis la nuit des temps, et les juristes en particulier, n'était pas de savoir ce qu'était un parent mais de savoir comment prouver qui étaient les parents, notamment qui était le père. Pour la mère s'appliquait l'adage « *mater semper certa est* » (la mère est certaine). C'est une règle de preuve. Cela ne signifie pas que la mère ne peut être que la femme qui a accouché, mais que, l'enfant sortant de son ventre nous n'avons aucun doute sur le fait que la femme qui l'a mis au monde est bien sa mère. En revanche, pour la paternité, nous avons de grandes incertitudes.

Notre droit et nos modes d'établissement non contentieux de la filiation ont donc été pensés afin de pallier ces incertitudes et ont été fondés sur des présomptions. En l'absence de certitude, nous avons présumé que le mari de la mère était le père de l'enfant, ou que l'homme

qui procédait à une reconnaissance n'allait pas reconnaître l'enfant du voisin et était donc bien celui qui l'avait procréé, ou encore que l'homme qui se comportait à l'égard d'un enfant comme son père l'était dans les faits.

À partir des années 1950, la science a découvert dans les gènes le moyen de prouver avec certitude l'identité des parents. Mais la biologie n'était pas le fondement de la filiation. Elle était un moyen de prouver la procréation. Le fondement de la filiation était la procréation, l'objet de la preuve, et la biologie n'était qu'un moyen de prouver.

Néanmoins, comme nous étions dans l'incertitude depuis la nuit des temps le fait d'accéder enfin à la certitude a suscité une forme de fascination à l'égard de la preuve biologique de la parenté. On a donc confondu le vrai fondement, la procréation, avec le moyen de le prouver, le partage d'un lien biologique. Mais cette confusion est passée inaperçue au début, car la procréation était nécessairement charnelle et nécessairement associée au partage d'un patrimoine génétique.

En réalité, le fondement de la filiation, c'est la procréation, dans une logique de responsabilité. Si l'on s'inscrit dans une logique biologique, l'on ne comprend pas les effets du lien de filiation. Pourquoi le partage d'un lien biologique entraînerait-il une obligation alimentaire ? Pourquoi le partage d'un lien biologique entraînerait-il une autorité parentale ?

En revanche, tout ceci se comprend si l'on raisonne sur le plan de la responsabilité. Celui qui est responsable de la venue au monde d'un enfant doit garantir à celui-ci les moyens de sa subsistance. Celui qui est responsable de la venue au monde d'un enfant est responsable de l'éducation et de la protection de cet enfant pendant sa minorité.

Au moment où les progrès de la science ont conduit à déconnecter la procréation de la sexualité et à introduire les gamètes d'un tiers donneur dans le processus de procréation, cette confusion entre la procréation et sa conséquence biologique est apparue au grand jour. Nous avons été confrontés à une contradiction : comment concilier la certitude de la preuve biologique de la parenté, lorsque la procréation est charnelle, et l'absence de lien biologique entre l'enfant et son parent lorsque la procréation a été médicalement assistée ? C'est là à mon sens le nœud des discussions que rencontrent les juristes actuellement.

Je suis convaincu que si l'on admet que le véritable fondement de la filiation réside dans cette idée de responsabilité, ces discussions pourront avancer. Dès décembre 1999, dans le rapport intitulé « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps » destiné au Garde des Sceaux rédigé préalablement à la grande réforme de la filiation de 2005 par Mme Françoise Dekeuwer-Défossez, il était déjà écrit que l'essence du droit de la filiation et du titre VII du Livre premier du Code civil ne devait pas être recherchée dans la biologie. La biologie n'est qu'un moyen de prouver, mais le fondement de la filiation doit davantage se chercher dans l'idée de responsabilité.

Si l'on admet que la parenté tient une responsabilité dans la venue au monde d'un enfant, alors le titre VII est cohérent. Il est cohérent aujourd'hui pour la procréation charnelle, il l'est également pour la PMA avec ou sans tiers donneur, et il serait cohérent demain pour la PMA effectuée au sein d'un couple de femmes.

Sur la manière de présenter le droit de la filiation et la question de savoir si l'on ne s'achemine pas vers une complexification, il convient de repartir un peu dans l'histoire. La réforme opérée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

a œuvré à une simplification du droit de la filiation en consacrant un principe d'égalité entre toutes les filiations qui s'est traduit par une identité des modes d'établissement de la filiation (sous réserve de la présomption de paternité, dernier marqueur de la différence des filiations).

La filiation est établie en principe de manière non contentieuse. Les différents modes non contentieux d'établissement de la filiation présument le fondement de la filiation : soit la procréation charnelle, soit le consentement donné à une AMP. Lorsque la procréation est charnelle, il y a tout lieu de penser que le mari de la mère est celui qui a pris part à l'acte sexuel fécond. Lorsque la procréation est médicalement assistée, il y a tout lieu de penser que c'est le mari de la mère qui a consenti à l'AMP.

Cela se vérifie sur le terrain contentieux par la possibilité de contester la filiation, qu'elle ait été établie par présomption de paternité, par reconnaissance, ou par possession d'état, en apportant la preuve que le droit n'est pas conforme aux faits et que ce qui a été présumé par la présomption de paternité, la reconnaissance ou la possession d'état en réalité n'existe pas. Le droit a été véritablement simplifié dans la procréation charnelle et cela fonctionne tout aussi bien pour la PMA.

Le facteur de complication qui se présente aujourd'hui et qui rend les choses moins lisibles tant pour les universitaires que pour les étudiants à qui ils enseignent est en lien avec les sources du droit de la filiation. Nous assistons à une mutation jurisprudentielle, que l'on appelle communément le contrôle de proportionnalité. Traditionnellement, les juges étaient chargés d'appliquer la loi et la Cour de cassation, au sommet de la hiérarchie judiciaire, était chargée de vérifier que les juges du fond (premier degré) avaient bien appliqué la loi. Depuis quelques années, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est demandé aux juges du fond non seulement d'appliquer la loi mais aussi de vérifier que cette application ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au litige.

Nous avons donc d'un côté le droit, qui doit être appliqué, mais qui peut, si son application porte une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des intéressés, être écarté par les juges, au cas par cas, le tout sous le contrôle de la Cour de cassation. Le véritable facteur de perturbation en matière de droit général, et de droit de la famille et de la filiation en particulier, est cette mutation jurisprudentielle à laquelle nous assistons aujourd'hui.

Mme Nathalie Elimas, rapporteure. Vous avez dit qu'une extension éventuelle de l'article 311-20 du Code civil ne soulevait a priori aucune question d'insécurité à ce stade. Pourtant, cet argument a été avancé dans le cadre de la rédaction de l'article 4 du projet de loi bioéthique, dont nous allons débattre ce jour. Pourriez-vous revenir sur la question de la sécurité ou de l'insécurité et nous expliquer pourquoi cet argument est avancé aujourd'hui ?

Par ailleurs, la semaine dernière nous avons en séance assujetti par amendement l'AMP à la condition du projet parental. J'aimerais avoir votre avis sur ce sujet.

Enfin, vous avez évoqué la présomption de paternité. Pourriez-vous développer ce point ?

M. Victor Deschamps. La sécurité tient davantage au caractère anticipé qu'au caractère conjoint de la reconnaissance souhaitée. Le caractère conjoint avait pour but, nous

l'avons vu plus haut, d'éviter l'instauration d'une hiérarchie entre les deux membres d'un couple de femmes, situation qui n'aurait pas lieu d'être en réalité.

En quoi le caractère anticipé du mode d'établissement de la filiation serait-il davantage sécurisé ? Si une reconnaissance est effectuée *ab initio*, dans l'hypothèse où le second parent refuserait de faire établir sa filiation à la naissance de l'enfant, il suffirait de remettre la reconnaissance faite *ab initio* à l'officier d'état civil. Il ne serait pas nécessaire d'intenter une action judiciaire en établissement de la filiation. Il s'agirait en réalité davantage d'un gain de simplicité que d'un gain de sécurité. Mais alors, pourquoi prévoir cette simplicité uniquement pour les couples de femmes et non pour les couples formés d'un homme ou d'une femme ? Pourquoi ne permettrait-on pas à la mère au sein d'un couple hétérosexuel, en cas de dérobade du conjoint, de disposer elle aussi d'une reconnaissance anticipée pour lui éviter d'avoir à intenter une action judiciaire ?

Par ailleurs, les modalités concrètes prévues par le projet de loi s'avèrent plus limitées qu'il n'y paraît. En effet, le projet tel qu'il est aujourd'hui rédigé prévoit que la mère devrait saisir le procureur de la République qui serait chargé de transmettre la reconnaissance anticipée à l'officier d'état civil. Nous quittons donc une action judiciaire en établissement de la filiation pour une saisine du procureur qui serait chargé de faire le lien avec l'officier d'état civil.

Par conséquent, si la simplification est réelle, nous ne voyons pas pourquoi elle serait réservée aux couples de femmes. Et si nous voulions réellement simplifier les choses, je pense que nous pourrions nous dispenser de passer par le procureur de la République.

Par ailleurs, si l'idée est d'éviter qu'un tiers puisse reconnaître l'enfant, il me semble que l'on veut répondre ainsi à des situations qui se présentent relativement rarement en pratique. Il ne m'a pas semblé entendre les nombreuses associations de défense des droits des couples de femmes s'inquiéter de voir leur voisin ou leur facteur reconnaître leur enfant pour leur nuire. Une telle situation paraît très improbable. Et quand bien même elle se présenterait, le droit existant permettrait d'y répondre par le biais d'une action en contestation suivie d'une reconnaissance.

Il est vrai que s'il existait une reconnaissance anticipée, par le principe de priorité chronologique cette reconnaissance effectuée avant même la conception de l'enfant primerait tout établissement ultérieur. Nous pourrions y voir un avantage sécuritaire.

Mais là encore les modalités du projet viennent en quelque sorte neutraliser cet avantage. L'article 342-13 du projet issu de l'amendement n° 2066 prévoit en effet que, lorsque la filiation a déjà été établie à l'égard d'un tiers par reconnaissance, présomption de paternité, ou adoption, il faut contester cette filiation avant de transmettre la reconnaissance conjointe anticipée. En tant que juriste, je suis forcé de m'interroger. Soit la reconnaissance anticipée permet d'éviter qu'un tiers fasse établir sa filiation, et dans ce cas-là la question ne se pose pas, soit elle ne le permet pas et en ce cas le caractère anticipé ne présente aucun intérêt. Il me semble que nous avons là si ce n'est une contradiction du moins un problème d'articulation entre ces deux dispositions. Soit le caractère anticipé fait obstacle à l'établissement de la filiation par un tiers, dans ce cas il n'est pas nécessaire de prévoir quoi faire lorsqu'un autre lien est établi puisque cela serait impossible, soit il ne le permet pas et en ce cas il faut s'interroger sur le véritable intérêt de ce dispositif.

S'agissant du projet parental, sa réintroduction constitue un retour vers la rédaction du Code de la santé publique telle qu'elle était issue des lois de bioéthique de 1994. Il me semble en effet que dans sa version originelle le texte prévoyait que l'AMP visait à répondre à la demande parentale d'un couple – mention qui avait été supprimée par la suite.

Un tel retour n'est pas illogique. En effet, cette mention avait été supprimée pour insister sur le fait que l'AMP visait à répondre à une infertilité de nature pathologique ou à un risque de transmission d'une maladie à l'enfant. Nous voulions alors insister sur cette indication pathologique plutôt que sur la demande parentale, quand bien même cette demande parentale serait préalable à la demande d'AMP.

Or puisque l'exigence d'une infertilité pathologique est supprimée pour pouvoir ouvrir l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires, nous pouvons considérer qu'il est cohérent d'insister sur le projet parental.

Toutefois, supprimer la condition d'infertilité pathologique pour permettre aux couples de femmes et aux femmes célibataires d'avoir accès à l'AMP implique aussi de la supprimer pour les couples de personnes de sexe différent. Cela signifie qu'un couple composé d'un homme et d'une femme ne souffrant pas d'une infertilité pathologique pourra recourir à une AMP.

La question de savoir pourquoi un couple pouvant procréer charnellement agirait ainsi a été posée à Mme la ministre de la Santé. Il est vrai que cette question peut se poser. La première hypothèse à laquelle nous pouvons penser est celle d'un diagnostic préimplantatoire. Ce diagnostic est très rigoureusement encadré aujourd'hui et le restera dans le cadre du projet de loi bioéthique tel qu'il est actuellement rédigé. Néanmoins si les conditions de ce diagnostic sont assouplies un jour, il pourrait y avoir à cet endroit une raison de recourir à l'AMP.

Par ailleurs, un autre point assez peu évoqué peut rendre également intéressant le recours à l'AMP pour un couple hétérosexuel fertile. Il faut pour cela mettre en lien les évolutions tenant la disparition de l'exigence de stérilité avec la possibilité d'une autoconservation des gamètes. Cette combinaison de la possibilité d'une autoconservation du sperme et du recours à l'AMP en l'absence d'infertilité pathologique renouvellera profondément à mon sens la question de la contraception. En effet, il sera possible pour un homme de faire congeler son sperme et de subir ensuite une vasectomie, avec la possibilité pour lui le jour où il voudra avoir un enfant de recourir aux paillettes congelées pour bénéficier d'une insémination de sa femme ou de sa compagne. C'est l'une des raisons pour lesquelles un couple hétérosexuel ne souffrant pas d'une infertilité pathologique pourrait vouloir recourir à l'AMP.

Quant à la présomption de paternité, elle avait historiquement une fonction probatoire, mais aussi vocation à préserver l'unité de la famille légitime. Le mari voyait sa filiation établie par la présomption de paternité et la filiation légitime établie par cette présomption était quasi incontestable. Le désaveu de paternité était un monopole du mari qui ne pouvait être exercé que de manière restrictive.

Progressivement, au fur et à mesure des réformes, la présomption de paternité est devenue une véritable règle de preuve. D'abord sous l'influence de la jurisprudence, par des arrêts marquants qui ont permis de contester la filiation établie par présomption de paternité n'apportant la preuve biologique contraire en cas de procréation charnelle, puis par la réforme

de 2005 qui a souligné que la filiation pouvait être contestée, quel que soit son mode d'établissement. Aujourd'hui, la présomption de paternité est donc devenue une règle de preuve.

Néanmoins cette règle de preuve est limitée au mariage. Traditionnellement, on justifiait la réservation de la présomption de paternité au mariage par l'obligation de fidélité qui existe entre les époux. Dans ce cadre, la femme ne pouvant avoir de relations sexuelles avec un autre homme que son mari, il y a tout lieu de penser que si elle est enceinte c'est que l'enfant est issu d'une relation sexuelle avec celui-ci.

Cependant nous ne pouvons plus désormais rattacher la présomption de paternité à l'obligation de fidélité, car, selon l'article 312 du Code civil, est couvert par la présomption de paternité l'enfant conçu ou né pendant le mariage. Or l'enfant qui est simplement né pendant le mariage a été conçu avant, à une époque où l'obligation de fidélité ne s'appliquait pas. Nous ne pouvons donc plus fonder de manière générale la présomption de paternité sur l'obligation de fidélité puisque sont couverts des enfants conçus à une époque où les deux parents n'étaient pas tenus par cette obligation.

La présomption de paternité constitue en réalité un héritage d'une tradition juridique, une facilité dans les modes d'établissement de la filiation dont bénéficient les couples mariés, mais cette institution repose sur la situation de fait suivante : lorsqu'un enfant naît au sein d'un couple marié, il a été conçu le plus souvent soit par les futurs mariés soit par les époux. Mais la présomption de paternité ne reposant plus sur l'obligation de fidélité, il est envisagé en doctrine de l'étendre au-delà du mariage, ce qui poserait de redoutables problèmes de preuve. Le concubinage étant une union de fait non constatée juridiquement, cela poserait en effet de nombreuses difficultés.

Il conviendrait plutôt de se demander si cet héritage du passé a encore un sens actuellement. Je pense qu'il faudra, dans le cadre d'une prochaine réforme de la filiation, réfléchir à la pertinence du maintien de la présomption de paternité. Cela chagrinerait probablement les juristes, car tout le monde est attaché à cette notion. De plus, elle avait historiquement un rôle beaucoup plus important que celui qu'elle occupe aujourd'hui. Le doyen Carbonnier affirmait ainsi que la présomption de paternité était le cœur du mariage, ce qui était vrai à l'époque où il s'exprimait.

Actuellement, il est compliqué d'affirmer à un couple de femmes mariées que la présomption de paternité est le cœur de leur mariage. Le droit a évolué, la société aussi. La question du maintien de la présomption de paternité se posera donc. Cela compliquera-t-il les choses ? En pratique, dans la mesure où un homme marié a déjà la possibilité de reconnaître son enfant et où le plus souvent c'est le père qui déclare la naissance à l'officier d'état civil, nous pourrions envisager que l'homme, marié ou non, qui déclare la naissance procède simultanément à une reconnaissance de l'enfant.

Mme Frédérique Meunier. Notre mission d'information ayant trait à la politique familiale, j'aurais voulu aborder rapidement avec vous le vaste sujet des familles recomposées.

Dans le cas d'un couple marié dont le mari a eu un enfant d'un premier mariage, qui a été reconnu par sa mère mais qui est de fait élevé par la deuxième femme de son père, au décès des parents l'on s'aperçoit que celle-ci ne pourra rien transmettre à cet enfant qu'elle a pourtant élevé sans que cela soit soumis à des droits de succession importants. N'y aurait-il

pas selon vous une modification à effectuer sur ce point, sur la base du consentement qui a été fait par cette femme pour élever cet enfant et qui n'est pas contesté par la notoriété publique ?

Par ailleurs, les évolutions récentes dont vous parliez ne font-elles pas de la Cour de cassation une sorte de juge placé au-dessus du législateur ?

M. Victor Deschamps. S'agissant de la question des familles recomposées, nous touchons là à la distinction entre parenté et parentalité dont je parlais plus haut. Nous avons tendance actuellement à résumer la filiation à la minorité de l'enfant. Or la filiation est un lien par la vie et pour la vie. L'enfant au sens de la filiation n'est pas l'enfant mineur, mais « le fils » ou « la fille de ». L'autorité parentale est associée à la filiation, mais la filiation n'a pas uniquement pour fonction l'autorité parentale. Il faut à mon sens bien distinguer ces différentes questions. Sur le plan du droit de la filiation, le lien de droit doit être établi entre l'enfant et ceux qui l'ont engendré. Il faut distinguer l'existence de la filiation de ses effets.

Mais il existe des effets automatiques de la filiation, notamment en matière d'autorité parentale ou de succession, dont nous aimerions pouvoir disposer dans d'autres situations où la filiation est absente. Je pense qu'il faut distinguer ces deux questions. Or passer par la filiation pour bénéficier de ses effets dans des situations ne correspondant pas à la raison d'être du droit de la filiation constituerait une grande source d'incohérence. Ou alors il faudrait opérer un renversement global de notre droit de la filiation. Il faudrait repenser toutes les règles et décréter que la filiation n'est pas établie à l'égard du parent, celui qui a engendré, mais à l'égard de celui qui prend en charge l'enfant et s'investit dans son éducation. Nous renverserions ainsi le principe pour aboutir à un système équivalent à celui de l'adoption.

Je suis pour ma part attaché au système existant. L'avantage de fonder la filiation sur l'engendrement est que l'engendrement est objectif, non fluctuant. La volonté tournée vers la filiation qui se manifeste dans l'adoption n'est pas comparable à celle qui s'exprime dans le cadre de l'AMP. Dans l'AMP, la volonté est de faire venir un enfant au monde. Une fois l'enfant né, le fait de le vouloir ou non ne change rien au fait que c'est cette volonté initiale qui a causé sa venue au monde. En revanche, dans l'adoption la volonté qui s'exprime est tournée exclusivement vers le rattachement juridique à cet enfant. Les vicissitudes de la volonté peuvent s'avérer bien plus gênantes dans ce contexte.

Le système de filiation tel qu'il est pensé aujourd'hui me semble donc bon. Cependant, le droit applicable aux nouvelles structures familiales mériterait d'être repensé. Je ne crois pas toutefois qu'il faille passer par la filiation pour gérer ces situations. Il faudrait en revanche adapter le droit applicable à l'autorité parentale aux successions afin de pouvoir y parvenir de manière satisfaisante. Mais importer l'institution qu'est la filiation, pour ses effets, dans des situations ne correspondant pas à ce pour quoi elle a été pensée serait à mon sens source d'incohérence.

Il existe actuellement des mécanismes en matière d'autorité parentale qui permettent d'associer les beaux-parents à l'éducation de l'enfant (délégation-transfert, délégation-partage). Nous pourrions agir sur cette question. Mais nous nous concentrerions en ce cas sur la minorité de l'enfant. Or l'enfant conservera sa filiation après sa minorité. Vouloir gérer les questions de minorité par la filiation revient à vouloir imposer à l'enfant un lien qui restera bien au-delà de sa majorité.

Nous pourrions donc introduire des évolutions sur le terrain de l'autorité parentale, mais aussi dans le domaine des successions. Nous pourrions par exemple prévoir une

limitation des droits de mutation en cas de testament établi par une belle-mère à l'égard de l'enfant qu'elle a élevé. Les règles de droit pourraient ainsi être adaptées aux problèmes particuliers. En revanche, vouloir tout régler par la filiation, car la filiation implique un bloc d'effets qui semble particulièrement pratique dans un certain nombre de situations ne me paraît pas la meilleure voie à envisager. Il me semble préférable de penser une réforme de l'autorité parentale, de l'obligation alimentaire et du droit des successions. Nous pouvons changer ainsi les régimes juridiques ponctuels. En revanche, changer de système n'irait pas dans le bon sens.

Sur la question du contrôle de conventionalité ou de proportionnalité, j'ai de sérieuses réserves. Ce contrôle est en réalité la conséquence de condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme et, dans le domaine de la filiation, une anticipation d'éventuelles condamnations de la France par cette institution.

En matière de filiation, la Cour de cassation a mis en œuvre ce contrôle dans un certain nombre de décisions rendues notamment au cours de l'année 2016. Ce contrôle vise à vérifier que l'application des règles, notamment des règles de prescription des actions relatives à la filiation (concernant les délais portant sur les recherches de paternité, par exemple, ou la contestation de la filiation), ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des personnes concernées, en l'occurrence au respect de la vie privée et familiale de l'enfant.

Pour l'instant, la Cour de cassation n'a jamais écarté les textes. Elle a permis leur application dans la mesure où ils n'entraînaient pas une atteinte disproportionnée aux droits des intéressés. *A contrario*, le jour où l'on considérera que cette application porte une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des intéressés, cela impliquera la possibilité d'écarter cette même application.

Le contrôle de proportionnalité est mis en œuvre par les juges du fond, charge à la Cour de cassation de s'assurer qu'ils ont bien procédé à ce contrôle. La Cour de cassation effectue donc un contrôle du contrôle. Mais pour s'assurer que le contrôle a bien été effectué et vérifier que les intérêts en présence ont bien été pesés, elle doit procéder elle-même au contrôle et à la mise en balance des intérêts en présence, ce qui implique inévitablement une appréciation des faits, quand bien même les faits soumis à son approbation seraient ceux constatés par les juges du fond. Or il s'agit là d'une mutation du rôle de la Cour de cassation.

Vis-à-vis de l'autorité de la loi, de la prévisibilité du droit et de l'égalité des citoyens devant la loi, cela pose des problèmes. La mise en balance des intérêts en présence est établie par le législateur de manière objective, une fois pour toutes, et pour tous. Lorsque le législateur envisage les délais de prescription des actions relatives à la filiation, il prend en compte les intérêts en présence. Or dire que l'on peut, au cas par cas, écartier les délais prévus soulève des difficultés. D'autant qu'en matière de prescription le délai n'est qu'un chiffre qui ne souffre pas d'interprétation. L'on est hors délai ou non. Dire qu'il faut vérifier que l'application du délai ne constitue pas une atteinte aux droits fondamentaux aboutit en réalité à une perte de repères. La prévisibilité du droit en prend un coup, ainsi que l'égalité des citoyens devant la loi. En effet, selon qu'on est jugé à Brest, à Lille, à Strasbourg ou à Toulouse il n'est pas certain que la pesée des intérêts en présence sera la même.

La Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Elle se trouve au-dessus de l'ordre judiciaire et n'a pas vocation à rejurer l'affaire, mais à s'assurer que les juges du fond ont bien appliqué le droit. Or la mutation à laquelle nous assistons aujourd'hui

tend à la rapprocher d'une juridiction suprême à l'anglo-saxonne, qui importerait les méthodes de résolution de la Cour européenne des droits de l'homme pour éviter de se faire réprimander par celle-ci.

En réalité, je ne pense même pas que le fait que la Cour de cassation procède elle-même au contrôle de proportionnalité nous évitera de nouvelles condamnations par Strasbourg. En effet, le jour où la Cour européenne des droits de l'homme estimera que la mise en balance effectuée par la Cour de cassation n'est pas satisfaisante, une condamnation pourra toujours survenir.

Ce contrôle de proportionnalité peut sans doute en certains domaines trouver des justifications. En revanche, en droit de la filiation, compte tenu des enjeux pratiques et symboliques en présence, il me semble important de s'en tenir à des règles légales et objectives. Si ces règles aboutissent, lorsqu'elles sont appliquées, à une méconnaissance des droits fondamentaux des intéressés, plutôt que de laisser aux magistrats la possibilité de les écarter au cas par cas, il serait préférable de les modifier. Par exemple, si les délais en matière de droit de la filiation sont jugés trop courts ou s'ils courent de manière trop rigide, il serait possible de prévoir des moyens d'adaptation.

Lorsqu'un enfant veut faire établir sa filiation, il bénéficie actuellement d'un délai de dix ans suspendu pendant sa minorité. Il peut donc agir jusqu'à ses 28 ans. Le problème est que généralement l'enfant qui a été privé de la connaissance de son père l'apprend au décès de celui-ci, qui intervient parfois après ses 28 ans. Si le père n'a pas procédé à une reconnaissance, il n'est alors plus possible d'agir en recherche de paternité. Nous pourrions prévoir une règle disposant que le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où la personne a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action. Nous avons sur ce point des principes juridiques qui pourraient s'appliquer.

En réalité, en matière de droit de la filiation, l'article qui pose problème est celui qui a trait à la contestation de la filiation. Il s'agit de l'article 333 du Code civil, qui prévoit que lorsqu'une filiation a été établie et confortée par une possession d'état qui a duré plus de cinq ans la filiation devient totalement incontestable : quand bien même la personne à l'égard de laquelle cette filiation a été établie ne serait pas en réalité parent, quand bien même elle aurait cessé de s'occuper de l'enfant, quand bien même le véritable parent se serait manifesté, quand bien même il serait très riche et souhaiterait transmettre à l'enfant sa fortune, etc.

Je pense que cela tient simplement à la conjugaison de l'article 333 du Code civil. Selon cet article, lorsque la possession a duré plus de cinq ans et se poursuit, si tout le monde continue à vivre en bonne intelligence il est logique de protéger la stabilité familiale. En revanche, si la possession a duré, puis a cessé, rendre cette filiation incontestable devient beaucoup plus discutable.

Si nous prévoyons que l'action est fermée tant que la possession d'état dure, je pense que nous nous éviterions un certain nombre de situations dans lesquelles nous pourrions nous voir reprocher une atteinte au droit au respect de la vie privée des intéressés.

Plutôt que de changer de système, je pense donc que des modifications ponctuelles peuvent être apportées au système tel qu'il est prévu aujourd'hui, qui a une véritable cohérence et une véritable pertinence et qui, sous réserve d'adaptations majeures, nous permettrait à mon sens de faire face aux défis qui nous sont lancés.

M. le président Stéphane Viry. Merci beaucoup.

La séance s'achève à seize heures quinze.

—

Membres présents ou excusés

**Mission d'information de la Conférence des présidents sur l'adaptation de la politique
familiale française aux défis de la société du XXI^e siècle**

Présents. – Mme Christine Cloarec-Le Nabour, Mme Nathalie Elimas,
Mme Frédérique Meunier, M. Stéphane Viry