

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 Mme Marie Mesnil, maîtresse de conférence à l'université de Rennes 1 et chercheuse à l'institut de l'Ouest, droit et Europe (IODE).. ... 2
- Présences en réunion 13

Mercredi
18 décembre 2019
Séance de 14 heures 20

Compte rendu n° 15

SESSION ORDINAIRE DE 2019-2020

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



MISSION D'INFORMATION
sur l'adaptation de la politique familiale française
aux défis de la société du XXI^e siècle

Mercredi 18 décembre 2019

Présidence de M. Stéphane Viry, président

M. le président Stéphane Viry. Mes chers collègues, nous avons le plaisir de recevoir cet après-midi Mme Marie Mesnil, professeure enseignante en droit privé à l'université de Rennes.

Madame Mesnil, votre audition va nous permettre de poursuivre la réflexion engagée la semaine dernière avec votre collègue M. Marc Pichard, qui a notamment porté sur la notion d'égalité et de genre.

Les évolutions du droit de la famille ont été marquées, à partir des années 1970, par le désir de prendre en compte le principe d'égalité. Ainsi le droit de la filiation a harmonisé la situation des enfants indépendamment du statut de leurs parents, et la notion d'autorité parentale a consacré l'égalité entre les parents. Pourtant, vous l'avez souligné, *« Si le droit de la famille semble aujourd'hui davantage égalitaire et pluraliste, il reste cependant nettement empreint d'hétéronormativité lorsqu'il s'agit de considérer les règles de filiation. Dans une approche transversale et structurelle, le droit pourrait être au contraire un vecteur de transformations profondes en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes »*.

Votre audition va nous permettre de vous entendre développer cet aspect et d'autres sur lesquels vous souhaiteriez intervenir. Nous vous avons fait parvenir les questions qui nous taraudent.

Avant de vous céder la parole, j'invite Mme Nathalie Élimas, rapporteure de la mission d'information, à prononcer quelques mots d'accueil.

Mme Nathalie Élimas, rapporteure. Madame Mesnil, bienvenue et merci d'avoir accepté notre invitation pour cette audition par notre mission d'information. Le président Viry a très bien décrit ce sur quoi nous sommes curieux de vous entendre.

Notre mission d'information couvre un champ très large, celui de la politique familiale face aux défis et aux enjeux de notre société. Comment faire famille aujourd'hui face aux enjeux démographiques, sociaux, sociétaux et de la filiation ? Dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à la bioéthique, l'Assemblée nationale a adopté l'ouverture de la procréation médicalement assistée (PMA) pour toutes. Des changements sont donc en cours, dans l'attente de la confirmation du texte en l'état dans le titre VII du code civil. Cette rédaction vous satisfait-elle ? Il était aussi question d'un titre VII *bis*. Quel est votre avis sur le sujet et, plus généralement, sur l'évolution du droit de la filiation ?

Mme Marie Mesnil, maîtresse de conférence à l'université de Rennes 1 et chercheuse à l'institut de l'Ouest, droit et Europe (IODE). Monsieur le président, madame

la rapporteure, je vous remercie de m'auditionner dans le cadre de votre mission d'information relative à la politique familiale, entendue au sens large, puisqu'il est également question de la filiation et de la reconnaissance légale de certaines familles constituées au sein de la société mais pas toujours reconnues par le droit, pour plusieurs raisons qui me semblent toutes en lien avec le droit de la filiation.

Dans mon propos liminaire, je tenterai principalement de répondre aux questions que vous m'avez adressées. Je reviendrai volontiers lors des échanges sur les points que vous souhaiteriez approfondir.

Je préciserai tout d'abord les sujets que je vais traiter, lesquels sont fortement imbriqués les uns aux autres. Il y a, d'une part, les questions de filiation posées par les usages sinon illégaux, du moins illégitimes, des techniques reproductives telles qu'elles existent aujourd'hui en France ou à l'étranger, et, d'autre part, des « impensés », c'est-à-dire des évolutions qui pourraient être traitées dans la loi de bioéthique mais qui ne le sont pas actuellement. Cela recouvre plusieurs usages qui ne sont pas connus, puisqu'ils n'ont pas cours pour les couples formés d'un homme et d'une femme. Il s'agit, par exemple, de la possibilité, au sein d'un couple lesbien, pour la personne qui porte l'enfant, d'utiliser les ovocytes de sa compagne, ou de la question des parentés trans, soit dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, grâce à des gamètes préalablement autoconservés, soit indépendamment même du recours à l'assistance médicale à la procréation.

Par personnes trans, on entend des personnes ayant obtenu la modification de la mention de leur sexe à l'état civil. Or depuis la loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle du 18 novembre 2016, cette modification de la mention du sexe à l'état civil ne repose plus sur aucun élément médical. La modification de l'apparence ne nécessite pas des opérations chirurgicales, en particulier stérilisantes, ce qui implique qu'un certain nombre de personnes trans ont, depuis cette loi et même auparavant, conservé des capacités procréatives.

Qu'en est-il de l'établissement de la filiation pour ces personnes qui souhaiteraient fonder une famille à la suite de la modification de la mention de leur sexe à l'état civil ? Si la situation des filiations antérieures à la modification du sexe à l'état civil est traitée par la loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle, pour les autres, il existe un vide législatif qui sera peut-être comblé par la cour de cassation, où une affaire relative à la situation d'une femme trans ayant utilisé son sperme pour concevoir un enfant avec son épouse est pendante. Il s'agit là d'un cas de parenté de même sexe avec, juridiquement, deux femmes et un enfant biologique, puisque conçu entièrement avec les gamètes du couple.

Ces questions se posent à la fois au regard de l'usage des techniques reproductives, puisqu'un certain nombre de personnes trans pourraient avoir besoin de l'assistance médicale à la procréation en cas de réutilisation de gamètes autoconservés ou de stérilité, et en dehors, puisque certaines personnes trans, dans certaines configurations de couple, disposent de capacités reproductives qu'elles peuvent utiliser de manière charnelle sans aucun recours à l'assistance médicale à la procréation.

Je développerai moins la question des « impensés » que celle des questions de filiation, bien que tous ces sujets puissent être considérés globalement car ils posent des difficultés communes.

Les enjeux de filiation suscités par les techniques reproductives actuelles et les évolutions envisagées en partie par le projet de loi de bioéthique sont principalement liés aux

techniques d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur et aux questions de filiation posées par l'extension de l'accès à ces techniques à toutes les femmes, comme vous l'avez dit à juste titre. À toutes les femmes ou presque, puisqu'il est question, dans la formulation de l'article, des femmes en couple avec un homme, comme actuellement, et des femmes en couple avec une autre femme. Cette extension aux couples de femmes invite à réfléchir aux parentés des couples de personnes de même sexe, puisqu'aujourd'hui, il n'est pas possible d'établir de lien de filiation à l'égard de parents de même sexe en dehors de la procédure d'adoption, qu'il s'agisse de l'adoption d'un enfant ou de l'adoption de l'enfant du conjoint. La question de la parenté des couples de même sexe renvoie également aux enjeux suscités dans certaines configurations de couples impliquant une ou deux personnes trans.

L'autre extension de l'accès à l'assistance médicale à la procréation concerne toutes les femmes, y compris celles qui ne sont pas en couple. Une des dispositions maintenues par le projet de loi de bioéthique dans la formulation actuelle adoptée par l'Assemblée nationale, et qui était déjà celle proposée par le Gouvernement, vise à restreindre l'accès aux femmes seules, uniquement lorsqu'elles ne sont pas mariées, compte tenu de l'idée que les femmes mariées engageraient leur mari dans le projet parental à cause de la présomption de paternité. À mon sens, cette justification est problématique, puisque la présomption de paternité ne joue que pour les couples hétérosexuels, alors que le projet de loi de bioéthique ouvre l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes. C'est une forme d'hétéronormativité du droit présupposant que toutes les femmes seules, lorsqu'elles sont mariées, le sont en couple hétérosexuel, avec un homme, car la justification n'a pas de sens pour les couples lesbiens. En outre, cela sous-tend une vision de la présomption de paternité qui ne prévaut plus, puisque la présomption de paternité peut être écartée. En cas de période de séparation légale du couple ou lorsque le nom du mari n'est pas mentionné dans l'acte de naissance, la présomption de paternité ne joue pas. La filiation n'est pas automatiquement établie à l'égard du mari. Quand bien même elle le serait, il pourrait contester cette filiation en apportant la preuve de droit qu'il n'est pas le géniteur de l'enfant. Dans le cas de recours au don de gamètes, un tel moyen de preuve serait facile à obtenir.

Ces questions sont traitées dans le projet de loi de bioéthique d'une manière qui me semble imparfaite, et mon propos liminaire vise à proposer d'autres pistes de réflexion.

Un autre sujet n'est pas directement traité par le projet de loi de bioéthique, même si un amendement a été déposé en ce sens. Une nette évolution se fait jour depuis ces derniers mois, du fait des jurisprudences de la cour européenne des droits de l'homme et de la cour de cassation, ainsi que d'un dialogue fructueux des juges, par le biais des condamnations de la France ou des avis consultatifs rendus par la cour européenne des droits de l'homme. Les enjeux de parenté liés à la gestation pour autrui se posent un peu différemment, puisque toutes les pratiques de gestation pour autrui sont interdites en France. Or à l'heure actuelle, il n'est aucunement question de changer cet état du droit, puisqu'aucun principe d'égalité n'impose une telle extension des techniques reproductives à la gestation pour autrui, car elles sont très différentes de celles de l'assistance médicale à la procréation.

Les difficultés posées en matière de filiation pour les enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger concernent aussi bien des couples de personnes de même sexe, notamment des couples d'hommes, que des couples hétérosexuels. Tous les enjeux sont liés à la prohibition d'ordre public de la pratique de la gestation pour autrui, mais il est intéressant de mettre en perspective avec l'assistance médicale à la procréation, notamment lorsque des couples de femmes y ont recours, qu'un des points de crispation actuel du droit est

l'impossibilité d'établir une filiation à l'égard d'une femme en dehors de la procédure d'adoption lorsqu'elle n'a pas accouché de l'enfant.

Je ne traiterai donc pas des enjeux de filiation liés à la gestation pour autrui, mais je souhaitais souligner leur imbrication.

En l'état actuel du droit, une des difficultés posées pour les familles constituées par des couples de femmes et pour les familles dont les enfants sont issus d'une gestation pour autrui, qu'il s'agisse de couples hétérosexuels ou de couples de personnes de même sexe, c'est que les enjeux sont semblables, puisque le droit de la filiation est inadapté. En effet, il est juridiquement impossible d'établir, en dehors des procédures d'adoption, de liens de filiation à l'égard de personnes de même sexe et à l'égard d'une femme qui n'a pas accouché d'un enfant. En outre, le droit de la filiation a également été utilisé en matière de gestation pour autrui comme une sanction de la fraude en refusant l'établissement, dans un premier temps, de la filiation à l'égard de l'homme, quand bien même il était le géniteur de l'enfant, ce qui a donné lieu aux condamnations de la France par la cour européenne des droits de l'homme.

Dès lors, le seul moyen d'établir la filiation à l'égard d'une femme qui n'a pas accouché, aussi bien dans le cadre d'une gestation pour autrui, même si des transcriptions intégrales ont été réalisées, que dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur par un couple de femmes, c'est de recourir à la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint. Ce n'est pas un usage classique des procédures d'adoption, puisque la personne qui adopte l'enfant est à l'origine de sa naissance, dans la mesure où ces femmes sont également autrices du projet parental.

Dans mon travail de thèse, je développe l'hypothèse que ce droit de la filiation et ce recours aux procédures ont été utilisés pour tenir à distance du droit commun de la filiation, c'est-à-dire de toutes les règles d'établissement de la filiation du titre VII du code civil, les couples lesbiens ayant recours à l'assistance médicale à la procréation et les personnes ayant recours à la gestation pour autrui. Cet usage des procédures d'adoption permet symboliquement et juridiquement, d'une part, de marquer l'absence de légitimité de ces projets parentaux, qui seraient différents des autres et soumis à un contrôle du juge, et, d'autre part, d'inscrire le recours aux dons de gamètes pour les couples lesbiens et à la gestation pour autrui du fait de la mention de l'adoption.

Obliger les personnes qui font famille de cette manière à adopter leurs propres enfants est de nature à créer une insécurité juridique pour des enfants qui, dans certains cas, n'ont pas de filiation du tout. Je pense notamment aux couples de femmes ayant eu recours à une assistance médicale à la procréation et qui, à la suite d'un conflit, d'une séparation ou d'une absence de procédure d'adoption pour quelque motif ont laissé des enfants avec un seul lien de filiation maternelle ou aucun lien du tout avec la personne qui aurait dû être le second parent, voire pas de filiation en droit français dans les gestations pour autrui ayant donné lieu un acte de naissance étranger, donc à un lien de filiation qui existe au moins en droit étranger.

Pour répondre à une des questions que vous m'avez adressées, l'intérêt de recourir à la notion de projet parental, c'est de reconnaître ces familles constituées grâce à ce que certains appellent des « parentés d'intention ». Le terme est en partie impropre, parce qu'il sous-entend que toutes les autres formes de parenté seraient d'ordre biologique et ne laisseraient aucune place à l'intention ou à la volonté, alors qu'excepté pour l'adoption, on trouve

toujours, quels que soient les modes d'établissement de la filiation, un mélange de volonté et de fondement biologique.

Il est intéressant de commencer par évoquer cet usage du droit de l'adoption, car la reconnaissance conjointe qu'il est aujourd'hui proposé de créer pour les couples lesbiens dans le cadre du projet de loi de bioéthique en découle. D'abord dans le temps, puisque cette reconnaissance conjointe succéderait à la procédure d'adoption de l'enfant de la conjointe. Ensuite, parce qu'elle est pour partie pensée en réaction au caractère problématique du décalage dans le temps de l'établissement du second lien de filiation, dans l'idée que les deux liens de filiation doivent être indiqués de la même manière et simultanément dès la naissance. Enfin, la genèse de ce nouveau mode d'établissement de la filiation montre qu'il a été pensé sur le modèle de la procédure d'adoption, ce qui permet d'en comprendre les enjeux et les limites.

À ma connaissance, l'ancêtre de cette reconnaissance conjointe apparaît pour la première fois dans un rapport du think tank Terra Nova publié en 2010. À l'époque, ce nouveau mode d'établissement de la filiation est directement inspiré de la procédure d'adoption et pensé pour ce que certains appellent « tous les dons d'engendrement », c'est-à-dire les dons de gamètes et toutes les formes de maternité de substitution.

Il est donc proposé d'élaborer un nouveau système de filiation inspiré de la filiation adoptive, « qui s'apparenterait à une sorte d'adoption *ante* natale, dans la mesure où la première démarche en vue de la conception de l'enfant, à savoir le recueil des consentements, porterait ses conséquences sur la filiation de l'enfant à naître ». Ainsi le recueil du consentement « aurait fait l'objet d'un jugement constitutif de l'autorisation, soit de faire don, soit de recevoir un don. Il serait conservé dans le registre d'état civil et mentionné dans la copie intégrale de l'acte de naissance, comme c'est actuellement le cas en matière d'adoption plénière. Ainsi l'enfant renseigné sur les circonstances de sa naissance serait en mesure, s'il le souhaite, d'accéder à la connaissance de ses origines ».

Il est intéressant de constater, à la lecture de ce rapport de Terra Nova publié en 2010, que le modèle de l'adoption plénière est utilisé pour créer un nouveau mode d'établissement de la filiation, dans l'idée de laisser une trace des circonstances de la naissance. Apparaît alors la confusion entre la filiation, lien juridique institué entre un enfant et ses parents, et les origines personnelles, en l'espèce génétiques, voire gestationnelles, qui ne relèvent pas, à mon sens, de l'état civil.

Cette idée est reprise dès 2010 par Irène Théry, dans l'ouvrage intitulé « Des humains comme les autres », puis développée et rénovée en 2014 dans le rapport dont elle a codirigé l'élaboration avec la juriste Anne-Marie Leroyer.

À la suite de ce rapport, il est proposé de créer une déclaration commune anticipée de filiation pour tous les enfants conçus par dons de gamète, dans l'idée que ce nouveau mode d'établissement de la filiation porterait sur l'acte de naissance de l'enfant la trace du recours au don. Non pas directement et explicitement, mais le mode d'établissement de la filiation étant créé pour et réservé à des enfants conçus par dons de gamètes, la mention de ce mode permettrait de témoigner du recours au don. Cela conduit à une confusion entre filiation et origines génétiques. Au travers de ce lien juridique de parenté, on signifie le mode de conception de l'enfant, à savoir le recours au don, donnée de nature particulièrement sensible car de nature médicale pour les couples hétérosexuels qui, dans la très grande majorité des cas, sont infertiles lorsqu'ils ont besoin de recourir à un don de gamètes.

De plus, si on faisait une lecture *a contrario* de ce système et si l'on considérait les autres modes d'établissement de la filiation, on en déduirait qu'il y a nécessairement un fondement biologique à toutes les autres parentés et que tous les autres enfants ont été conçus par leurs parents « sous la couette », pour reprendre l'expression de la sociologue.

Jusqu'à l'avis du Conseil d'État rendu au début de l'été, deux options étaient encore envisagées par le Gouvernement : cette nouvelle forme de filiation pour tous les enfants conçus par don de gamètes, c'est-à-dire le système initialement proposé, ou uniquement pour les couples lesbiens, les seuls à ne pas pouvoir cacher le recours au don de sperme. Dans son avis du 18 juillet 2019, le Conseil d'État a estimé problématique d'étendre à tous les couples ce nouveau mode d'établissement de la filiation, non pour préserver le secret mis en place par les centres d'études et de conservation du sperme (CECOS) et permettre aux parents de cacher aux enfants le mode de conception et le recours au don de gamètes, mais afin de garantir le droit au respect de la vie privée de ces familles, notamment s'agissant d'une donnée médicale, et pour laisser aux parents la possibilité de révéler l'information et de choisir le moment et les modalités d'information de l'enfant. Par conséquent, la déclaration commune anticipée de filiation a été retenue, mais avec un périmètre beaucoup plus restreint, l'idée étant de la réserver uniquement aux couples lesbiens.

Ces deux options s'inscrivent dans des perspectives très différentes.

D'un côté, il s'agissait de saisir l'occasion de l'extension de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes pour remettre en question le système qui avait été mis en place par le législateur en 1994, à savoir utiliser les règles d'établissement de la filiation de droit commun pour ne pas stigmatiser les enfants, non pas juste pour préserver le secret mais pour qu'ils aient un mode d'établissement de la filiation comme tous les autres enfants et que leur filiation soit crédible et solide.

La seconde perspective, c'est de tirer uniquement les conséquences de l'extension de l'accès de l'assistance médicale à la procréation aux couples lesbiens en se demandant comment établir la filiation à l'égard de la seconde mère, puisque c'est la seule difficulté qui se pose, la filiation de la première mère, celle qui accouche, ne posant pas de difficulté dès lors qu'il existe ce fondement gestationnel.

On pourrait tout à fait permettre aux couples lesbiens ayant recours à un don de sperme d'établir leur filiation comme pour les couples hétérosexuels dont l'homme est stérile et qui ont recours à un don de sperme. Cela reviendrait à penser la seconde mère comme on pense aujourd'hui le père, c'est-à-dire à la même place, avec le même rôle parental et avec la même possibilité d'établir sa filiation sur le seul fondement de la volonté.

Pour rejeter cette option, une partie de la doctrine juridique et le Conseil d'État ont mis en avant le fait que le titre VII du code civil est fondé sur la vraisemblance biologique. C'est peut-être le cas, mais cela ne veut pas dire que cela ne peut pas changer et que l'extension du dispositif dont bénéficient les couples hétérosexuels ayant recours à un don de sperme aux couples lesbiens remettrait en cause la vraisemblance biologique pour tous les autres couples hétérosexuels.

De fait, si une femme se présente à l'officier d'état civil pour demander la reconnaissance de l'enfant dont sa compagne a accouché, celui-ci ne pourra pas établir ce second lien de filiation, en vertu du principe chronologique figurant à l'article 320 du code civil selon lequel une filiation qui n'a pas été contestée en justice et est légalement établie fait

obstacle à l'établissement d'un autre lien de filiation qui la contredirait. Par filiation qui contredirait la première, on entend qu'il ne peut y avoir qu'une filiation maternelle et une filiation paternelle. Aujourd'hui, lorsqu'un homme vient déclarer une naissance, il produit le certificat de naissance et l'officier d'état civil ne lui demande jamais s'il est explicitement le géniteur de l'enfant, sauf s'il existe une suspicion de fraude aux règles relatives au séjour des étrangers en France.

Cette vraisemblance biologique existe uniquement sur ce point, ce qui ne veut pas dire que la filiation repose nécessairement sur un fondement biologique, puisque les couples hétérosexuels qui ont recours à un don de sperme établissent leur filiation exactement par ce biais. Qu'il s'agisse de la présomption de paternité ou de la reconnaissance, on ne peut pas dire que c'est un aveu de paternité. Lorsqu'il reconnaît l'enfant, l'homme ne dit pas : « J'en suis le géniteur », il dit : « J'en suis le père ». Ce n'est qu'au stade du contentieux que le fondement génétique et biologique sera recherché, sauf si est produit le consentement au don prouvant le recours à un don de sperme.

La difficulté pour les couples de femmes, c'est que la branche maternelle sera déjà occupée par la femme qui aura accouché. Il faut donc une autorisation de la loi. Il convient de modifier le droit sur ce point afin que la loi autorise les couples lesbiens dans cette situation à établir la filiation de la seconde femme sur un autre fondement, qui serait nécessairement la volonté. On pourrait tout à fait étendre les règles de filiation existantes et le dispositif en vigueur depuis 1994 pour les couples hétérosexuels ayant recours à un don de sperme, en estimant que lorsque la femme qui n'a pas accouché produit à l'officier d'état civil un document prouvant le recours au don, tel que le consentement fait devant notaire avant de bénéficier du don de gamète, la loi autorise le couple de femmes à bénéficier des règles de droit commun. La seconde femme pourrait établir sa filiation selon les règles classiques de la filiation, c'est-à-dire, si elles sont mariées, en mentionnant uniquement son nom dans l'acte de naissance, ce qui ferait jouer une présomption de parenté semblable à celle qui existe pour les couples hétérosexuels, ou en faisant une reconnaissance de l'enfant.

On aurait une ouverture du dispositif de droit commun avec le consentement au don devant notaire, permettant d'informer les femmes sur les conséquences en matière de filiation et éventuellement de forcer l'établissement de la filiation à l'égard de la seconde mère, si elle ne le fait pas volontairement, et protégeant l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du donneur. Dans cette situation, la filiation des enfants des couples lesbiens serait la même que pour les autres enfants, à la différence près que l'acte de naissance mentionnerait deux femmes.

Ce n'est pas cette perspective, qui me semble pourtant la plus simple puisqu'elle consiste à étendre un dispositif qui fonctionne - à ma connaissance, il n'y a aucun contentieux sur le sujet - qui a été retenue, mais plutôt l'idée de créer une nouvelle filiation. La genèse permet de comprendre quels sont les enjeux.

On nous dit que c'est un nouveau mode d'établissement de la filiation, mais comme ce mode d'établissement de la filiation ne correspond qu'à une situation précise, on pourrait presque y voir un nouveau type de filiation. Certes, le lien juridique serait le même, mais une distinction est tout de même établie, qui a un sens. Aujourd'hui, on distingue les types de filiation et les modes d'établissement de la filiation. Pour le dire simplement, on aurait deux types de filiation : celle du titre VII, intitulé « De la filiation », et celle du titre VIII, « De la filiation adoptive », avec une distinction entre l'adoption plénière et l'adoption simple, puisque seule l'adoption plénière produit les mêmes effets que tous les autres modes

d'établissement de la filiation du titre VII. Cette filiation est identique puisqu'elle produit les mêmes effets – droits et devoirs – entre les parents et l'enfants.

Mais aujourd'hui, il existe une pluralité de modes d'établissement de la filiation du titre VII pour faciliter l'établissement de la filiation. Ces différents modes d'établissement de la filiation sont liés au sexe du parent et au statut conjugal du couple. Au sexe du parent puisque, pour la mère, la filiation s'établit principalement par la mention dans l'acte de naissance du nom de la femme qui accouche. Aujourd'hui, toutes les femmes voient leur maternité reconnue par la mention de leur nom dans l'acte de naissance, du fait de l'accouchement. Cette règle ne s'appliquerait pas à la femme en couple lesbien qui accouche puisque le fondement de sa filiation serait la reconnaissance conjointe, alors qu'elle serait strictement dans la même situation qu'une femme hétérosexuelle qui aurait eu recours également à un don de sperme.

Pour la branche paternelle, la filiation est établie différemment en fonction du statut conjugal. Lorsqu'il y a mariage entre les personnes, l'établissement de la filiation est facilité en présumant que lorsque le nom du mari est mentionné dans l'acte de naissance, c'est le père, soit qu'il soit le géniteur, soit qu'il soit prêt à assumer ce rôle. Pour les couples non mariés, il faut réaliser un acte juridique, une reconnaissance volontaire de l'enfant. Ce n'est toujours qu'en cas de contentieux que la preuve biologique sera recherchée et si l'action en recherche ou en contestation de paternité n'est pas prescrite. De ce fait, aujourd'hui, plus de 99 % des filiations paternelles ne reposent pas sur un fondement génétique ou biologique, puisque l'établissement est non-contentieux, ce qui ne veut pas dire qu'il n'existe pas. Cela veut dire que l'on n'en a pas la certitude, ce qui ne pose aucune difficulté tant qu'il n'y a pas de contentieux.

Quant à la filiation adoptive, elle résulte d'un jugement, ce qui permet au juge d'apprécier que l'intérêt de l'enfant est garanti par l'établissement d'un tel lien de filiation. Par conséquent, créer un mode d'établissement de la filiation spécifique aux couples de femmes revient, pour la première fois en droit, à faire de l'orientation sexuelle le critère déterminant du mode d'établissement de la filiation.

En outre, cela conduit à introduire un nouveau type de filiation et à poser la question de la légitimité des projets parentaux. La création de la reconnaissance conjointe peut être envisagée, dans une certaine mesure, comme un retour à la distinction qui existait auparavant entre les filiations fondées sur les conditions de conception de l'enfant hors mariage ou en mariage. L'élément de distinction des filiations ne serait plus le mariage mais les conditions de conception de l'enfant. Si étendait le système à tous les enfants conçus par dons de gamètes, on aurait, d'un côté, les filiations par procréation charnelle, nécessairement hétérosexuelles et supposant que les parents ont conçu leurs enfants « sous la couette », et, de l'autre côté, les filiations adoptives prononcées par le juge pour créer un lien de filiation à l'égard d'enfants dont les parents ne sont pas à l'origine de la naissance et des filiations qui relèveraient d'un droit spécial, soit parce qu'il y a eu recours à un don de gamètes, soit parce que les parents sont en couple lesbien. On pourrait imaginer que ce droit spécial soit étendu aux personnes trans, dans des couples de même sexe ou non.

Cela reviendrait à nouveau à faire supporter aux enfants les conditions de leur conception. Même si les liens de filiation et les liens juridiques créés emporteraient les mêmes effets, cela interroge en matière de droit au respect de la vie privée et familiale, puisque la justification de cette distinction reposerait en grande partie sur le recours aux dons de gamètes, sur l'orientation sexuelle des parents, voire sur l'identité de genre des parents, si on

considère que les parentés trans relèvent également de cette catégorie balai, ce qui laisserait intact le titre VII du code civil.

Cette évolution du droit est à contre-courant de celle à laquelle on assistait jusqu'à présent, visant plutôt à unifier les filiations par la suppression des différents types de filiation distinguant enfants légitimes et naturels, pour éviter les différences de traitement et les effets stigmatisants des dénominations différentes.

Au-delà de ces enjeux symboliques non négligeables, la reconnaissance conjointe pose de sérieuses difficultés techniques et juridiques. Concernant la situation de la femme qui accouche, son lien de filiation serait établi différemment, puisqu'elle est en couple lesbien, et l'on peut se demander si cette différence de traitement serait justifiée. De plus, si ce n'est pas la mention de son nom dans l'acte de naissance qui établit sa maternité mais la déclaration conjointe, que se passe-t-il en cas de conflit ? Que se passe-t-il si la mère qui accouche, même de bonne volonté, en toute bonne foi, parce que l'officier d'état civil passe à la maternité, inscrit son nom dans l'acte de naissance ? Si l'établissement de la filiation ne se fait pas par ce biais, la production ultérieure de la déclaration conjointe conduirait à rectifier la mention sur l'acte de naissance de l'enfant. On ne sait pas encore ce qu'il en est mais ça peut être une question. En cas de contentieux, quel serait le fondement ultime de cette maternité ? Qu'en serait-il si la reconnaissance conjointe n'était pas valide ? Cela voudrait-il dire que, subsidiairement, la filiation serait établie sur le fondement de l'accouchement ? Très certainement, mais il ne saurait y avoir deux fondements contentieux à cette filiation maternelle.

Par ailleurs, la reconnaissance conjointe est pensée, en partie de très bonne foi et en réaction à la situation actuelle qui conduit à retarder dans le temps l'établissement de la filiation à l'égard de la seconde femme, pour établir les deux filiations maternelles en même temps et de la même manière, en sorte qu'aucune hiérarchie ne serait faite entre les femmes en fonction de leur contribution biologique à la naissance de l'enfant. Personne ne pense établir une hiérarchie entre les femmes en fonction des contributions biologiques à la naissance de l'enfant et il s'agit simplement de reconnaître que l'une a accouché, l'autre pas et qu'elles sont dans des situations différentes. La difficulté n'est pas tant que ce soit établi de la même manière et en même temps, mais que ces deux filiations ne peuvent être établies l'une sans l'autre, c'est-à-dire qu'elles sont strictement indivisibles. La femme qui accouche peut toujours établir sa filiation sur ce fondement, parce qu'on ne pourra jamais le lui interdire, mais l'autre femme n'a d'autre solution que de présenter la déclaration conjointe à l'officier d'état civil pour établir sa filiation. Cela veut dire que la production de cette déclaration conjointe conduirait, si la femme qui a accouché n'a pas établi sa filiation, même dans l'hypothèse où elle a demandé le secret lors de l'accouchement, à établir sa filiation. Cela peut apparaître comme une hypothèse d'école mais cela reviendrait en pratique à priver les femmes lesbiennes qui ont recours à un don de sperme de la possibilité d'accoucher dans le secret. C'est un recul malheureux des droits des femmes et du droit à la protection de la santé, puisqu'un des intérêts de l'accouchement dans le secret, c'est de protéger la santé maternelle et infantile.

Au regard de ces difficultés, il me semble beaucoup plus simple d'étendre le dispositif existant. Une femme accouche, l'autre établit sa filiation en produisant un élément montrant qu'elle est dans un cas où l'établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe est permis, tel que le consentement au don. Cela permettrait, une fois produit à l'officier d'état civil, d'établir la filiation à l'égard de la seconde mère par présomption de comaternité ou de parenté, ou par reconnaissance.

Telles sont les premières difficultés posées en matière d'établissement de la filiation. D'autres sont liées à l'impossibilité de penser en dehors du cadre existant. Elles tiennent, d'abord, à l'usage des gamètes. Lors de débats parlementaires sur la loi de bioéthique, a été proposée la possibilité de la réception des ovocytes de la partenaire et qu'au sein d'un couple lesbien, la femme porteuse puisse le concevoir l'enfant avec les ovocytes de sa compagne ou de sa conjointe. Cette possibilité a été écartée, y compris pour répondre à une nécessité médicale. Lorsque la femme qui porte l'enfant ne peut utiliser ses gamètes, elle doit recourir à un don d'ovocytes mais elle ne pourrait pas utiliser ceux de sa conjointe. La justification avancée lors des débats parlementaires, c'est qu'il s'agirait d'un don dirigé pour la femme qui reçoit les ovocytes ou d'une forme de maternité de substitution dans la perspective de la femme confiant ses ovocytes non à son épouse ou à sa compagne mais à une mère porteuse. Si on pense la place de cette seconde femme comme la place d'un homme dans un couple hétérosexuel, en l'état actuel du droit, personne ne considère le sperme fourni par un homme pour féconder son épouse comme un don dirigé et que l'homme bénéficie d'une maternité de substitution. Cela montre que la difficulté est de penser de la même manière la seconde femme et l'homme qui serait fertile.

Cela peut être une piste de réflexion. Ces pratiques permettent de résoudre une des difficultés actuelles en offrant un fondement génétique à la seconde maternité.

De même, au sein des couples composés d'une personne trans, se pose la question de l'usage des gamètes conservées. Dans le cas où les personnes auraient conservé leurs gamètes préalablement à la procédure de transition, la restitution oblige les personnes à se trouver dans une configuration autorisée par la loi pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Aujourd'hui le texte limite cette possibilité aux femmes en couple avec un homme, avec une femme ou seules. C'est pourquoi il a été proposé de se référer plus largement aux personnes en capacité de porter un enfant, ce qui délimiterait plus strictement les techniques d'assistance médicale à la procréation et les techniques de gestation pour autrui, puisque l'élément de distinction est le fait qu'il y ait ou non gestation par les bénéficiaires, ce qui ouvrirait plus largement les droits reproductifs et familiaux des personnes trans.

Cela ne résoudrait pas toutes les difficultés. Il faudrait également réfléchir à l'établissement de la filiation, puisqu'en l'état du droit, on ne sait pas comment établir la filiation des personnes trans. Doit-on l'établir sur la contribution biologique ? Dans quel genre, établir ensuite la parenté ? Dans l'hypothèse d'un homme qui accouche, l'accouchement permet-il d'établir un lien de filiation ? Est-ce un lien de filiation paternel ou maternel ou bien ne faut-il pas le qualifier du point de vue du genre ?

Plusieurs options sont possibles, qui ont été en partie expérimentées par nos voisins européens. Des contentieux ont été traités en Allemagne et au Royaume-Uni, dans lesquels les juges ont fait une application plutôt rigide du droit ou une lecture très biologique de la filiation. Ils ont retenu la contribution biologique pour établir la filiation, en référence au sexe correspondant à la contribution biologique, c'est-à-dire en faisant comme si il n'y avait pas eu de changement de la mention du sexe à l'état civil, comme si le corps était plus important que la force du droit. À l'inverse, la Norvège et la Suède, qui ont adopté par la voie législative des dispositions spécifiques, ont une lecture juridique du sexe et de la filiation. Elles prennent en compte la contribution biologique des personnes pour justifier l'établissement de la filiation, mais celui-ci se fait dans le genre correspondant à la mention du sexe à l'état civil. Cela permet de respecter la vie privée des personnes, puisque l'établissement de la filiation ne traduit pas l'existence d'un changement de sexe à l'état civil.

Sachant que ces questions se posent au niveau individuel, si on considère la parenté de la personne trans elle-même et le fait que cela pose aussi des questions lorsque les personnes sont en couple avec une personne de même sexe au sens juridique, on mesure l'imbrication des difficultés juridiques qui peuvent se poser.

Toutefois, la notion de reconnaissance conjointe figurant dans le projet de loi de bioéthique fait courir le risque de créer un droit spécial de la filiation concernant, dans un premier temps, les couples lesbiens mais qui pourrait, par la suite, être étendu aux personnes trans. Cela reviendrait à créer un système de filiation déterminé par l'orientation sexuelle des parents par une filiation hétérosexuelle et une filiation pour les couples lesbiens, les parentés trans, qui me semble problématique, notamment au regard de l'intérêt de l'enfant.

M. le président Stéphane Viry. Merci pour votre analyse. Nous mesurons qu'il existe, selon vous, des compléments à apporter au projet de loi relatif à la bioéthique, actuellement en deuxième lecture au Sénat. Vous nous avez fait partager un certain nombre de préconisations de nature à nourrir la réflexion de notre mission d'information, dans la perspective de la deuxième lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale.

Vous avez mis le doigt sur un prisme que nous n'avions pas encore nécessairement considéré. Faisant preuve de pédagogie et de didactisme, vous avez pu ébranler nos consciences et nos convictions, conformément à l'objet de votre audition.

Mme Nathalie Élimas, rapporteure. Madame Mesnil, je vous remercie à mon tour pour la richesse de votre propos. Vous avez ouvert d'autres portes et d'autres pistes de réflexion.

Concernant l'adoption de l'enfant du conjoint, l'état actuel du droit vous semble-t-il suffisant ? Faut-il l'améliorer ou l'assouplir ?

Mme Marie Mesnil. L'adoption de l'enfant du conjoint pose deux difficultés.

Dans le cadre des familles recomposées, un seul des deux beaux-parents peut adopter l'enfant du conjoint, ce qui peut conduire à des « courses à l'adoption ». Peut-être faudrait-il permettre deux fois l'adoption de l'enfant du conjoint pour aller jusqu'à quatre liens de filiation. Cette première piste est également évoquée par d'autres universitaires.

D'autre part, afin de rattraper les situations antérieures d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur dans lesquelles il n'y a pas eu de procédure d'adoption de l'enfant du conjoint, un assouplissement pourrait être apporté. Peut-être pourrait-on ouvrir au partenaire la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint. Une des évolutions du droit consiste à rapprocher le PACS du mariage. Une des limites fixées est la vocation familiale du PACS. Puisqu'il est beaucoup moins lourd de rompre un PACS qu'un mariage, c'est une des pistes à explorer.

M. le président Stéphane Viry. Merci de votre présence et surtout de la liberté et de l'intérêt de vos propos.

(La séance est levée à quinze heures quinze.)

Membres présents ou excusés

Réunion du mercredi 18 décembre 2019 à 14 h 15

Présents. - Mme Nathalie Elimas, M. Gilles Lurton, M. Denis Masségli, M. Stéphane Viry