



L'OUVERTURE PROGRAMMÉE DE L'AMP À TOUTES LES FEMMES

# Nécessité pour le droit de repenser la maternité

*Dans le contexte des transformations contemporaines de la famille, les techniques de procréation artificielle ont fait apparaître une figure nouvelle, le parent d'intention, et en particulier la mère d'intention qui n'a pas transmis ses gènes à l'enfant mais qui est tout de même partie prenante au projet parental qui a conduit à sa naissance.*



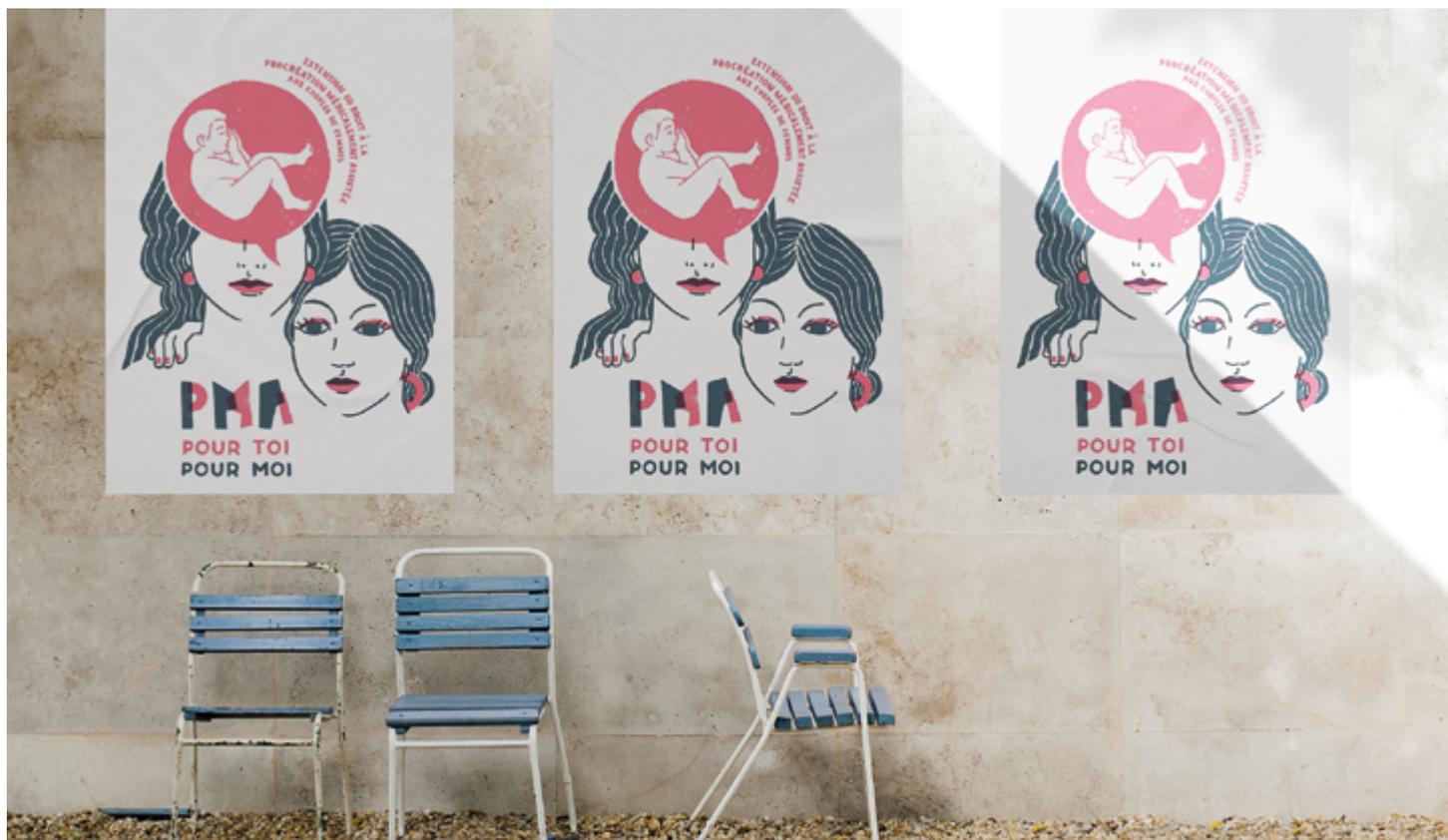
par Laurence Brunet  
Juriste, chercheuse PARIS I  
et IEJ PARIS SUD

**C**ette figure est étrangère au modèle parental du droit français de la filiation, ancré sur l'hétérosexualité et la vraisemblance biologique. Cette figure dérange, elle irrite les règles du droit commun de la filiation. Rien d'étonnant à ce que le législateur ait d'abord cherché à dissimuler le parent d'intention sous les habits du parent adoptant pour l'intégrer, à droit constant, à la cellule familiale : la loi du 17 mai 2013 a ainsi autorisé l'adoption aux couples de même sexe dans les mêmes conditions que pour les couples hétérosexuels, qu'il s'agisse de l'adoption d'un enfant par les deux conjoints ou l'adoption de l'enfant né du conjoint.

## PROTÉGER L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Mais cette option est impuissante à protéger efficacement l'intérêt de l'enfant à être rattaché à ses deux mères si le couple conjugal se déchire avant que l'adoption n'ait pu être prononcée. Les juges ont alors été conduits à bricoler avec les dispositifs existants en matière d'autorité parentale pour éviter que la mère sociale, une fois séparée de la mère légale, ne soit évincée de la vie de l'enfant qu'elle s'est pourtant engagée à faire naître. Les aménagements jurisprudentiels de la délégation d'autorité parentale ou le renforcement du droit aux relations personnelles en faveur du parent social, doivent être salués<sup>1</sup>. En essayant de les combler tant bien que mal, ils ne rendent que plus flagrantes les lacunes du droit positif, impuissant à reconnaître un plein statut juridique au parent social autrement qu'à travers le guichet étroit de l'adoption intrafamiliale. Le partage de l'autorité parentale ou l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement, aussi étendu puisse-t-il être, restent des démembrements d'une partie de l'exercice de l'autorité parentale, qui ne permettent pas de donner un titre parental à la mère sociale, ni de la reconnaître de plein droit comme titulaire de l'autorité parentale.

Si le don de gamètes est autorisé pour les couples de femmes en France, il en ira donc de la cohérence du droit de prévoir une



désignation directe et simultanée des deux femmes en tant que mères dans l'acte de naissance de l'enfant<sup>2</sup>.

Il est par conséquent devenu indispensable de diversifier les fondements de la maternité et de détacher la maternité, au moins en partie, de l'accouchement en cas de projet parental porté par deux femmes.

C'est dans cette voie que se sont engagées quatre des institutions : le Conseil d'État, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), le Défenseur des droits (DDD), la Mission parlementaire d'information sur la révision de la loi de bioéthique<sup>3</sup>, consultées dans le cadre du chantier de la révision de la loi de bioéthique. L'option du maintien en l'état du droit de la filiation a été unanimement balayée. Trois autres scénarios ont été proposés dans les rapports rendus par ces institutions. Tous conduisent néanmoins, « pour la première fois en droit français, à dissocier radicalement les fondements biologique et juridique de la filiation d'origine, en prévoyant une double filiation maternelle »<sup>4</sup>.

**Le premier scénario** consisterait à étendre aux couples de femmes les dispositions applicables aux couples hétérosexuels qui recourent à un don de gamètes, moyennant quelques adaptations : le consentement à l'AMP avec don de gamètes serait recueilli par le juge ou le notaire avant que le traitement puisse avoir lieu ; à la naissance de l'enfant, l'épouse de la mère ayant accouché deviendrait la co-parente de l'enfant par l'effet d'une présomption de co-maternité ; la compagne non-mariée de la mère, en apportant l'attestation de consentement préalablement signée, preuve de l'existence du projet parental, pourrait alors reconnaître l'enfant. Cette option créerait un mode d'établissement unique de la filiation pour tous les couples bénéfi-

ciaires d'une insémination artificielle avec un tiers donneur. C'est le scénario qui a les faveurs de la CNCDH et il compte aussi parmi les deux modalités d'établissement de la filiation préconisées par le DDD<sup>5</sup>. Il est cependant critiqué par le Conseil d'État et la Mission parlementaire d'information : en effet en étendant les modes d'établissement classiques de la filiation, cette solution en dénature « la philosophie » qui repose sur « la vraisemblance, le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique »<sup>6</sup>.

**Un second scénario** est envisageable, directement inspiré du rapport Théry-Leroyer<sup>7</sup> : comme le précédent, il serait applicable à tous les couples recourant à un don de gamètes, mais il consisterait à créer un mode original d'établissement de la parenté. Une déclaration commune serait souscrite par les deux parents devant le juge ou le notaire avant la mise en œuvre du don de gamètes. À la naissance de l'enfant, la déclaration commune anticipée, transmise à l'officier d'état civil, permettrait l'établissement immédiat de la filiation du parent qui n'a pas accouché, sans détour par une présomption ou une reconnaissance. Cette déclaration figurerait en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Elle serait donc visible, tout au moins pour les parents et l'enfant, une fois majeur, qui peuvent obtenir une copie intégrale de l'acte de naissance. L'inconvénient majeur de cette option serait que la mention de la déclaration commune anticipée sur toute copie intégrale de l'acte de naissance révélerait, notamment à l'enfant majeur, son mode de conception. Les parents ne pourraient donc plus garder le secret sur les origines de l'enfant ; ils seraient forcés de raconter les modalités de sa conception à l'enfant, en tout état de cause avant que celui-ci ne devienne majeur et qu'il ne risque de les découvrir en obtenant une copie intégrale de son



**IL EST PAR CONSÉQUENT  
 DEVENU INDISPENSABLE  
 DE DIVERSIFIER LES FONDEMENTS  
 DE LA MATERNITÉ ET DE LA DÉTACHER,  
 AU MOINS EN PARTIE, DE L'ACCOUCHEMENT  
 EN CAS DE PROJET PARENTAL  
 PORTÉ PAR DEUX FEMMES.**

acte de naissance. Pour la mission d'information parlementaire, très attentive à permettre aux enfants nés d'un don de gamètes de connaître les détails de leurs origines, cette solution est celle qui semble la plus opportune. Elle est aussi une des deux options proposées par le DDD. À l'inverse, elle est écartée par le Conseil d'État qui estime qu'elle fragiliserait excessivement le droit des parents au respect de leur vie privée et qu'au surplus, elle introduirait une différence, parmi les parents hétérosexuels qui ont eu recours à une AMP, entre ceux qui ont eu besoin d'un don et ceux qui ont pu s'en passer<sup>8</sup>.

Un troisième scénario est donc privilégié par le Conseil d'État<sup>9</sup> : le mécanisme de la déclaration commune anticipée, prévu par la deuxième option, est repris mais en le réservant aux seuls couples de femmes. Pour le Conseil d'État en effet, la mention de la déclaration commune anticipée sur la copie intégrale de l'acte de naissance de l'enfant ne semble pas soulever les mêmes difficultés de révélation contrainte, et possiblement intempestive, du mode de conception de l'enfant, dès lors qu'un couple de femmes ne peut vraisemblablement prétendre avoir procréé celui-ci. Le droit actuel resterait applicable aux couples de sexe différents, ce qui continuerait de leur ménager la possibilité de préserver le secret sur le mode de conception de l'enfant. Coexisteraient dans cette hypothèse deux modalités différentes d'établissement de la filiation, « selon que le couple est de même sexe ou non, la première reposant sur le rôle accru de la volonté, la seconde sur le mimétisme avec la procréation charnelle »<sup>10</sup>. C'est précisément parce que cette option créerait un mode d'établissement ad hoc pour les couples de femmes qu'elle est jugée discriminatoire envers les couples de femmes et évincée par la Mission parlementaire. Si l'objectif des artisans de la révision de la loi de bioéthique est résolument de permettre une pleine reconnaissance de la famille formée par un couple de femmes, en permettant, non seulement l'accès aux dons de sperme en France, mais aussi l'établissement *ab initio* de deux maternités, dès la naissance de l'enfant, le défi juridique n'est pas simple à relever ! On ne s'en étonnera pas, il ne s'agit rien moins que d'une révolution à venir du droit de la filiation ! il ne s'agit rien moins que de concevoir de nouvelles modalités pour établir la maternité d'une femme qui n'a pas accouché, sans passer par le détour de l'adoption. Il reste que si telle est bien l'ambition, la voie la plus économique et « la plus respectueuse des droits des parents et des enfants »<sup>11</sup>, n'est-elle pas de changer, comme le propose le premier scénario, le sens actuel de la présomption de paternité et de la reconnaissance, pour en faire, en cas de procréation avec don de gamètes, des modes d'engagement d'être les parents légaux de l'enfant issu du couple<sup>12</sup> ? Nombre de pays qui ont consacré la famille formée par un couple de femme ont choisi cette solution<sup>13</sup>. Le débat est en tout cas pour la première fois ouvert de penser la maternité indépendamment de la grossesse et de l'accouchement.

1. L. BRUNET, « Les familles formées par les couples de femmes ou l'urgence de repenser la maternité », à paraître.
2. BRUNET (L.), COURDURIER (J.), GIROUX (M.) et GROSS (M.), « Faut-il repenser la filiation ? », CNRS-Le journal, 18 janvier 2018, en ligne : <https://lejournale.cnr.fr/billets/bioethique-faut-il-repenser-la-filiation> ; voir aussi des mêmes auteurs, « Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale », recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2017, en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/le-droit-a-lenfant-et-la-filiation-en-france-et-dans-le-monde-2/> ; THERY (I.) et LEROYER (A.-M.), Filiation, origines, parentalités, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la famille, O. Jacob, 2014, ch.
3. V. Conseil d'État, section du rapport et des études, Etude à la demande du Premier ministre, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? 28 juin 2018, p. 55-59 ; Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation, 20 novembre 2018, p. 12-13 ; Défenseur des droits, Avis n° 18-23, 10 octobre 2018 (renvoyant à l'avis no 15-18, 3 juillet 2015) ; Ass. nat., Rapport de la Mission d'information relative à la révision de la loi de bioéthique, Ass. nat., J.-L. Touraine, rapp.), n° 1572, 15 janvier 2019, p. 79-85 ;
4. Conseil d'État, op. cit., p. 59.
5. DDD, avis précité, p. 4.
6. Conseil d'État, op. cit., p. 61 ; Mission parlementaire, op. cit., p. 82.
7. « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », rapport du groupe de travail présidé par Mme Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé, Odile Jacob, Paris, 2014, p. 192-209.
8. Conseil d'État, op. cit., p. 62.
9. Conseil d'État, op. cit., p. 63.
10. Ibidem.
11. CNCDH, p. 13.
12. Les prémisses d'une telle conception ont déjà été dégagées par Ambroise Colin dans son article « De la protection de la descendance au point de vue de la preuve de la filiation », Rev. trim. dr. civ., 1902, p. 182-257.
13. Voir Code civil belge, article 325/2 et s. ; Code civil québécois : art. 114)