

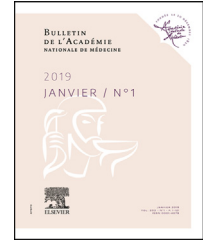


Disponible en ligne sur

**ScienceDirect**  
www.sciencedirect.com

Elsevier Masson France

**EM|consulte**  
www.em-consulte.com



## VIE DE L'ACADÉMIE

### L'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) pour les couples de femmes et pour les femmes non-mariées – les dispositions légales<sup>☆</sup>

#### *Access to Reproductive Medical Assistance (PMA) for Women's Couples and Non-Area Women – Legal Provisions*

Il existe des lois qui, au-delà de leur portée normative, revêtent une valeur symbolique puisqu'elles traduisent des changements profonds dans notre société. En nous réunissant aujourd'hui au sein de l'Académie de médecine, nous avons l'honneur d'être, ce que le Doyen Carbonnier appelait « les premiers spectateurs »<sup>1</sup>, témoins non seulement de la genèse d'une loi, mais encore de l'état d'esprit qui anime ses dispositions. Permettez-moi de le dire, nous serons plus que des témoins. Nos communications et les débats qui vont suivre nous permettront de nous interroger sur nous-mêmes et le monde qui nous entoure.

La loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, entrée en vigueur le 4 août 2021, est de ces textes qui introduisent et annoncent des mutations de l'ordre civilisationnel, voire anthropologique. Son adoption définitive, dans sa quatrième version, le 29 juin 2021, a donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel n° 2021-821 du 29 juillet 2021 ayant validé ses dispositions. Promulguée le 2 août, la loi a été publiée le 3 août pour entrer en vigueur le jour suivant. Elle a un double ancrage, hautement symbolique – une partie des dispositions figurent dans le code civil, considéré comme étant la constitution civile française, une autre, dans le code de la santé publique instaurant la démocratie sanitaire de notre société.

Désormais, l'accès à l'assistance médicale à la procréation n'est plus conditionné par des raisons médicales. Celle-ci est, en tout cas, en partie, détachée des soins pour devenir un mode de conception de l'enfant fondé sur un projet parental, créant un nouveau mode d'établissement de la filiation. La philosophie de la loi nouvelle repose sur le respect des volontés individuelles et non plus sur l'infertilité. Le projet parental est, en conséquence, au cœur du dispositif légal, quelles que soient les raisons qui l'animent.

Le premier titre de la loi, celui qui a été aussi le plus débattu, est intitulé « *Élargir l'accès aux techniques disponibles sans s'affranchir de nos principes éthiques* ». Encore faut-il définir ces derniers puisque les principes éthiques ne sont pas figés dans le temps ; ce qui choquait hier ne choque plus aujourd'hui ou ne choque plus grand monde. L'adoption de certaines dispositions, cependant, fut plus difficile que d'autres, à l'instar de la mesure phare du dispositif, la plus polémique et la plus médiatisée, relative à l'accès à l'assistance médicale à la procréation (l'AMP) des couples de femmes et des femmes non-mariées. Rejetée par le Sénat, elle fut, *in fine*, imposée par l'Assemblée nationale.

Cependant, si le législateur a élargi l'accès à l'AMP, il a par ailleurs restreint son approche de la délicate question de la gestation pour autrui (GPA) lorsque celle-ci a été réalisée à l'étranger, dans un pays où cette pratique est légale. Ainsi, l'article 47 du code civil, issu de l'article 7 de la loi, vient de rompre avec la jurisprudence, libérale, de la Cour de cassation, permettant la transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger<sup>2</sup>. La loi a mis fin à la notion de parent d'intention, celui à qui l'enfant issu de la GPA est destiné<sup>3</sup>, que la jurisprudence française avait fini par admettre. La réaffir-

<sup>☆</sup> Colloque du 20/10/2021 : « Loi de bioéthique du 2 août 2021, quel impact sur nos vies ? » organisé par l'Université de Paris (Paris Descartes), l'Institut Droit et Santé (UMR.S 1145), le Comité éthique et cancer, l'Académie nationale de médecine.

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, 2e éd. 1995, Répertoire du Notaire Defrénois, p. 16.

<sup>2</sup> V. Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053 ; JCP G 2019, 1184, note Gouttenoire et Sudre ; D. 2019, p. 2228, H. Fulchiron et Bideau ; RTD civ. 2019, p. 841, obs. A.-M. Leroyer ; Dr. famille 2019, 261, note J.-R. Binet. V. aussi, Cass. civ. 1re, 18 déc. 2019, n°18-12.327 et n° 18-11.815, Dr. famille 2020, comm. 39, obs. J.-R. Binet ; Cass. civ. 1re, 18 nov. 2020, n° 19-50.043, JCP G 2021, 81, avis C. Marilly.

<sup>3</sup> On peut cependant ajouter que l'évolution du droit français est étroitement liée à celui du droit européen, qui prime sur le

mation de l'interdiction de la GPA, est-elle la contrepartie de l'élargissement de l'accès à l'AMP ? La libéralisation des techniques de procréation suppose-t-elle nécessairement un rééquilibrage entre elles<sup>4</sup> ? Cette question, qui ne sera pas abordée aujourd'hui, mérite, au moins, d'être posée.

L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non-mariées sera analysée d'abord du point de vue des bénéficiaires de l'élargissement de l'accès à ces techniques (I), pour ensuite être examinée à la lumière de la filiation qui en résulte (II).

## L'élargissement de l'accès à la parenté

L'élargissement de l'assistance médicale à la procréation a été consacrée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi, figurant à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique. Désormais, « *tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non-mariée* » peuvent accéder à l'assistance sans qu'une différence de traitement ne puisse intervenir en raison du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle. *Stricto sensu*, il n'a pas été nécessaire de reproduire le principe d'égalité devant la loi qui, par définition, interdit les pratiques discriminatoires. Le choix du législateur relève, en réalité, essentiellement d'un souci pédagogique et psychologique—le législateur a voulu rassurer les nouveaux (nouvelles) bénéficiaires de l'AMP et envoyer un message fort au corps médical. La loi crée ainsi un droit « genré », réservé aux femmes<sup>5</sup>. La création de tels droits, est-elle conforme à la Constitution, qui, *a priori*, ne permet pas de distinction en raison du sexe des personnes ? En réalité, le nouveau dispositif repose sur une différence naturelle entre hommes et femmes, les hommes ne pouvant ni porter ni enfanter, et non sur une volonté d'établir des rapports d'inégalité. La libéralisation des techniques d'assistance profite, certes, aux femmes ; elle n'est pas pour autant discriminatoire. Parmi ces nouvelles bénéficiaires, on peut distinguer les couples de femmes (A) et les femmes non mariées (B).

### Les couples de femmes

Le principe de non-discrimination suppose, logiquement, que les couples de femmes soient soumis aux mêmes conditions que les couples hétérosexuels. Autrement dit, elles doivent vivre ensemble, nonobstant leur état civil. Il peut ainsi s'agir de couples de femmes mariées, pacsées ou vivant en concubinage. Quant aux techniques d'assistance qui leur sont ouvertes, il s'agit du don de sperme ou du don d'embryon. En revanche, la technique ROPA (réception des ovocytes de la partenaire) est prohibée. La solution retenue a été inspirée, nous semble-t-il, surtout par des raisons pragmatiques. Le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de son raisonnement afin de ne pas rendre trop complexe la

question de l'identité de l'enfant. Les dispositions nouvelles prévoient une limite d'âge pour accéder à l'AMP ainsi que des obstacles à cela.

L'âge — Les décrets d'application du 28 septembre 2021, publiés le 29 septembre 2021 au *Journal officiel*, prévoient que l'insémination artificielle ou le transfert d'embryon peuvent être réalisés jusqu'au quarante-cinquième anniversaire de la femme. L'AMP est remboursée ; avant la loi nouvelle, la prise en charge par l'Assurance-maladie, réservée jusqu'alors aux seuls couples hétérosexuels, était assurée jusqu'au quarante-troisième anniversaire de la femme. Cette limite d'âge a été cependant maintenue pour les interventions précédant l'assistance, à savoir le prélèvement ou le recueil d'ovocytes.

Qu'en est-il des tentatives au-delà de l'âge de quarante-cinq ans ? S'il n'est pas discuté qu'elles ne pourront pas être prises en charge, la question qui se pose est de savoir si elles seront encore autorisées. Selon certaines opinions, l'accès à l'assistance ne semble pas totalement fermé au-delà de limite d'âge prévue par les décrets d'application<sup>6</sup>. En effet, l'accès à l'assistance après l'âge de quarante-cinq ans pourrait, exceptionnellement, être justifié, notamment en cas de maladie, comme le cancer, ayant empêché la femme d'accéder plus tôt à l'AMP.

Pour ce qui est de l'âge minimal, la loi ne prévoit rien. Autrement dit, de très jeunes femmes pourraient, a priori, formuler des demandes d'accès à l'AMP. Cela est particulièrement délicat lorsqu'il s'agit de femmes seules, en rupture familiale, vivant dans les conditions de précarité sociale et affective. Dans ces situations, le seul mécanisme protecteur, prévu aussi bien dans l'intérêt de l'enfant que des futurs parents, qui pourrait faire obstacle à une demande qui ne semble pas justifiée, serait l'entretien avec un psychiatre ou un psychologue, auquel sont, par ailleurs, soumis tous les candidats.

Pour le père ou la seconde mère, que le décret qualifie de « *membre du couple qui ne porte pas l'enfant* », l'AMP ne pourra pas être réalisée au-delà de l'âge de soixante ans. Précisons aussi que, s'agissant de l'âge des « *candidats à la parenté* », qu'il s'agisse de l'adoption ou de l'AMP, d'une manière générale, le législateur s'inspire de l'évolution sociologique des rapports familiaux. S'il est vrai que les couples décident d'avoir des enfants de plus en plus tardivement, une limite d'âge imposée par le législateur paraît souhaitable puisqu'elle est dans l'intérêt de l'enfant.

Le législateur a précisé que l'intérêt de l'enfant devrait être pris en compte lors de l'élaboration des décrets d'application. Cette notion, issue de la Convention de New York de 1990, gouverne chaque prise de décision relative à l'enfant. Sa transposition dans le domaine de la bioéthique est plus que justifiée. Ainsi, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique précise que les décrets d'application fixant l'âge des candidats à l'AMP doivent tenir compte notamment de l'intérêt de l'enfant. Certes, le point de départ de la loi est le projet parental. Il convient, toutefois, de prendre en considération aussi l'intérêt de l'enfant. Le souci de mettre en place un texte équilibré est parfaitement louable.

droit national. Nous verrons comment cette question sera réglée à l'avenir.

<sup>4</sup> Rappelons aussi que le droit français n'a pas légalisé la procréation post mortem.

<sup>5</sup> C. Byk, Loi relative à la bioéthique, Révision et changement de cap de la politique publique, JCP G 2021, 1000, étude.

<sup>6</sup> V. Pr Michaël Grynberg, spécialiste de ma médecine de la reproduction, in Age limite, congélation des ovocytes : le nouveau mode d'emploi de la PMA, Le Figaro, 30 septembre 2021, p. 11.

Les obstacles à l'accès – D'après l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, forment des obstacles à l'AMP le décès de l'un des membres du couple, la demande en divorce ou en séparation de corps, la convention relative au divorce ou à la séparation de corps par consentement mutuel et, enfin, la révocation de la demande. Ces dispositions ressemblent fortement à celles qui étaient déjà en vigueur avant la loi nouvelle.

### Les femmes non-mariées

Phénomène sociologique, les familles monoparentales fondées sur des liens biologiques font leur entrée en droit civil<sup>7</sup>. L'accès à l'assistance médicale à la procréation est désormais permis aux femmes non mariées. Autrement dit, les femmes célibataires, passées ou vivant en concubinage peuvent accéder à l'assistance. En revanche, les femmes mariées peuvent faire cette démarche seulement avec leurs conjoints<sup>8</sup>. Le législateur a fait le choix, judicieux, de ne pas ouvrir l'AMP aux femmes mariées agissant seules. Précisons que, si les personnes mariées peuvent adopter seules, le consentement du conjoint est nécessaire.

Le projet parental étant une décision majeure, il nous semble essentiel qu'il soit partagé au sein du couple. Le désaccord des conjoints sur une question aussi fondamentale ne peut être ignoré au nom du principe d'égalité. Si le désaccord entre les époux est aussi profond, rappelons qu'en droit français, l'obtention du divorce est aisée. Après seulement une année de vie séparée, les époux peuvent obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal<sup>9</sup>. En conséquence, l'épouse qui souhaite accéder à l'AMP doit effectuer un choix entre l'enfant et le mariage et... choisir, c'est renoncer.

Ce pragmatisme législatif nous semble conforme à l'intérêt de l'enfant, lequel doit être désiré par les deux époux. La solution retenue facilite aussi l'établissement de la filiation de l'enfant et sa situation sur le plan de l'état civil<sup>10</sup>. À supposer que les époux soient, d'abord, seulement séparés de fait, la filiation sera aussi établie à l'égard de l'époux qui ne voulait pas d'enfant, à moins que la mère n'ait écarté la présomption de paternité au moment de sa naissance<sup>11</sup>. Il est fort probable, dans ce contexte, que l'époux qui n'est pas à l'origine du projet parental se dés-

intéresse totalement de l'enfant et conteste ensuite le lien juridique qui l'unit à un enfant dont il n'est pas le parent biologique. Si, ensuite, les époux divorcent, il conviendrait alors d'ajouter à cette procédure le contentieux de la filiation.

Enfin, l'accès à l'AMP des femmes non mariées permet aussi de relativiser l'interdiction de l'AMP post mortem. Dans l'hypothèse où le conjoint décède après le commencement de la procédure, l'épouse pourra continuer cette dernière seule<sup>12</sup>. Faut-il encore faire le deuil de l'enfant commun.

À la naissance de l'enfant, il convient d'établir sa filiation, autrement dit de le rattacher à ses parents. La loi nouvelle, pour la première fois en droit français, met en place une filiation monosexuée, ce qui entraîne la mise en place de nouvelles règles d'établissement de la filiation.

### L'avènement d'une filiation monosexuée

Il ne suffit pas de naître pour avoir des parents. Il existe ainsi des modes de rattachement de l'enfant à ses parents. La filiation en cas de procréation avec un tiers donneur fait l'objet d'un nouveau chapitre du code civil, regroupant toutes les dispositions relatives à cette question. Il s'agit des articles 342-9 à 342-13 du code civil, résultant de l'article 6 de la loi. Ainsi, lorsque l'enfant est issu de l'AMP, des règles spécifiques s'imposent (A). Leurs contours doivent être précisés (B).

### L'établissement de la filiation de l'enfant issu de l'AMP

À titre préalable, deux hypothèses peuvent être distinguées. Celle de l'enfant né d'un couple hétérosexuel ou d'une femme non-mariée, d'une part, et celle de l'enfant issu d'un couple de femmes, d'autre part. La première situation n'appelle pas de règles particulières, le droit commun s'applique lors de l'établissement de la filiation de l'enfant<sup>13</sup>.

Si, en revanche, l'enfant est issu d'un couple de deux femmes, la filiation sera établie selon un mécanisme original, composé de deux étapes, prévu à l'article 342-11 du code civil. Dans un premier temps, le couple de femmes, celle qui mettra au monde l'enfant et la mère dite d'intention, exprime une reconnaissance préalable de

<sup>7</sup> Certes, la loi n°1996-604 du 5 juillet 1996 a ouvert l'adoption aux personnes seules, femmes ou hommes (art. 343-1 du code civil). La création du lien de filiation adoptive résulte, cependant, d'une décision de justice et est soumise à l'appréciation des juges.

<sup>8</sup> Rappelons que, en cas d'adoption par des personnes seules, hommes ou femmes, le consentement du conjoint non adoptant est nécessaire (art. 343-1, al. 2 du code civil). Autrement dit, un minimum de consensus au sein du couple est exigé et souhaité.

<sup>9</sup> V. art. 238 du code civil, dans sa version issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019. Le législateur a abrégé le délai de séparation de fait, nécessaire pour l'obtention du divorce. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, le délai est passé de deux ans à un an.

<sup>10</sup> Le droit français prévoit la présomption de paternité du mari de la mère, qui est certes une présomption simple, donc réversible (art. 312 du code civil).

<sup>11</sup> L'article 313 du code civil permet à l'épouse d'écartier la présomption de paternité du mari. Toutefois, que se passe-t-il si la mère, femme mariée, n'agit pas de la sorte ?

<sup>12</sup> V. l'arrêt Gomez, CE 31 mai 2016, n° 396848.

<sup>13</sup> La filiation maternelle, selon l'article 311-25 du code civil, est établie par « l'effet de la loi », à savoir par l'indication du nom de la mère (de la femme qui a accouché) dans l'acte de naissance de l'enfant. Si le père est le mari de la mère, la filiation paternelle sera également établie par l'effet de la loi, à savoir par la présomption de paternité du mari (art. 312 du code civil). Si les parents ne sont pas mariés, la filiation paternelle sera établie par la reconnaissance volontaire de l'enfant (art. 316 du code civil). Enfin, le droit français connaît aussi l'établissement de la filiation (maternelle et paternelle) par possession d'état constatée par un acte de notoriété, qui est un mode d'établissement de la filiation de nature essentiellement subsidiaire puisqu'il repose sur une situation de fait (art. 317 du code civil).

l'enfant devant un notaire. Le terme de « *reconnaissance* » prête à confusion.

La reconnaissance préalable doit, en effet, d'abord être distinguée de la reconnaissance volontaire, prévue à l'article 316 du code civil, que connaît déjà le droit français<sup>14</sup>. Elle n'est qu'un premier pas dans l'établissement de la filiation de l'enfant et elle vaut consentement à l'assistance médicale à la procréation. La reconnaissance préalable est effectuée avant la conception de l'enfant. Elle est à l'origine du projet parental et permet d'établir, par la suite, la filiation maternelle à l'égard de la femme qui n'a pas accouché.

La reconnaissance préalable doit, ensuite, être distinguée de l'adoption, que connaît également déjà le droit français<sup>15</sup>, régie par les articles 343 et suivants du code civil. Contrairement à cette dernière, qui établit la filiation à l'issue d'une procédure d'adoption, en vertu d'une décision de justice, la reconnaissance préalable permet d'établir, simultanément dans le futur, au moment de la naissance, la filiation maternelle des deux femmes.

La seconde étape commence ainsi au moment de la naissance de l'enfant. Elle ne se présente pas de la même façon pour les deux femmes. À l'égard de la femme qui accouche, il convient d'appliquer les règles de droit commun. Autrement dit, son nom sera indiqué comme mère dans l'acte de naissance du seul fait de l'accouchement<sup>16</sup>. *Stricto sensu*, la reconnaissance préalable n'est d'aucune utilité pour la femme qui accouche puisqu'elle devient mère du fait de l'accouchement.

La filiation de la femme qui n'accouche pas (« *l'autre mère* ») est établie par la remise de la reconnaissance conjointe préalable à l'officier de l'état civil. Plus précisément, c'est la remise de la reconnaissance conjointe, qui est un acte matériel (ce qui est aussi une originalité), qui établit la filiation à l'égard de la mère d'intention. La remise est effectuée par la mère d'intention ou la mère qui a accouché, ou encore par la personne chargée de déclarer la naissance.

La remise de l'acte constitue la confirmation de la volonté d'établir la filiation à l'égard de l'enfant issu de l'AMP. En conséquence, en cas de séparation, la femme qui a accouché ne peut pas faire obstacle à l'établissement de la filiation de la mère d'intention sans engager sa responsabilité. Cette dernière n'est pas recevable à établir la filiation à l'égard de l'enfant par un autre moyen d'établissement de droit commun, telle que la reconnaissance volontaire, prévue à l'article 316 du code civil. Le droit spécial oblige et déroge ainsi aux règles de droit commun.

Etablissement simultané de la filiation—l'originalité du processus créé par la nouvelle loi de bioéthique consiste dans l'établissement simultané des deux filiations à partir de la naissance de l'enfant. Les effets de cette filiation

sont les mêmes que ceux d'une filiation charnelle. Le nouvel article 6–2 du code civil dispose, en effet, que « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont dans leurs rapports avec leurs parents les mêmes droits et les mêmes devoirs (...). La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun des parents.* » Cette disposition permet notamment l'attribution du nom de famille à l'enfant par les deux femmes et l'exercice conjoint de l'autorité parentale, dès la naissance de l'enfant.

La reconnaissance conjointe de l'enfant est mentionnée en marge de l'acte de naissance. L'enfant pourra ainsi bénéficier, simultanément et *ab initio* de toutes les conséquences qui résultent de l'établissement de la filiation à l'égard des deux femmes. Enfin, une mesure provisoire, d'une durée de trois ans, permet aux femmes ayant eu recours à des techniques d'assistance à l'étranger de bénéficier du nouveau dispositif.

### Les contours de la filiation monosexuée

La filiation établie à l'égard des deux femmes, tout comme celle relative aux couples hétérosexuels, est incontestable. Sur ce point, il n'y a pas de rupture avec le dispositif préexistant. Il s'agit de sécuriser la filiation, ce qui démontre que le droit français n'a jamais prôné la portée absolue de la vérité biologique. Cette dernière a toujours subi des atténuations<sup>17</sup>. La filiation issue de l'AMP sera établie en vertu des règles spéciales qui lui sont consacrées, qu'il s'agisse de couples de même sexe ou de sexes différents, seulement dans l'hypothèse où l'enfant serait effectivement conçu dans le cadre de l'AMP, ce qui résulte de l'article 342-10 du code civil. Lorsque, par exemple, l'enfant est issu d'une relation charnelle avec un tiers<sup>18</sup>, il n'y a pas de raison d'appliquer les règles spéciales relatives à l'AMP, mais de recourir aux règles de droit commun.

De même, selon l'article 342-13, spécifique aux couples de femmes, la reconnaissance conjointe ne produira pas d'effet si, entre le moment où elle est établie et le moment de sa remise, la filiation d'un tiers, par définition un homme, est établie<sup>19</sup>. Les conflits de filiations sont donc possibles. La mère qui porte l'enfant peut ainsi faire obstacle à l'établissement de la filiation à l'égard de son ancienne

<sup>14</sup> La reconnaissance volontaire en elle-même suffit pour établir la filiation, alors que la reconnaissance préalable conjointe n'établit pas la filiation ; elle n'est qu'un premier pas dans ce processus.

<sup>15</sup> La loi du 17 mai 2013 (dite « *sur le mariage pour tous* ») a ouvert l'adoption des enfants à tous les couples mariés, nonobstant le sexe des conjoints.

<sup>16</sup> Il s'agit de l'application de la règle classique *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine). Autrement dit, la mère est celle qui accouche.

<sup>17</sup> On peut citer, à titre d'exemples, les différents mécanismes permettant un décalage entre la vérité biologique et la vérité juridique : l'accouchement sous X, qui ne crée pas de lien juridique entre la femme qui a mis au monde l'enfant et ce dernier, la prescription, empêchant la recherche de la vérité biologique au-delà d'un certain délai prévu par la loi, l'établissement de la filiation par la possession d'état, qui est une situation de fait, constatée par un acte de notoriété.

<sup>18</sup> On peut imaginer la situation où la femme qui a mis l'enfant au monde a eu une relation avec un homme. Il en serait de même, s'agissant des couples hétérosexuels, si la mère avait eu des rapports intimes avec un autre homme, qui n'est pas son époux ou son concubin.

<sup>19</sup> Par exemple, la mère qui porte l'enfant se marie avec un homme ; celui-ci peut, dès la naissance de l'enfant, bénéficier de la présomption de paternité du mari de la mère (art. 312 du code civil). Il en est de même si un tiers reconnaît l'enfant (art. 316 du code civil) avant la remise de la reconnaissance conjointe à l'officier de l'état civil.

partenaire. En conséquence, afin de permettre l'établissement *effectif* de la filiation à l'égard des deux femmes, il est prudent de remettre la reconnaissance conjointe à l'officier d'état civil le plus tôt possible. On peut ainsi observer que la femme qui porte l'enfant a toujours « *une longueur d'avance* », aussi bien dans un couple hétérosexuel que dans un couple homosexuel.

Pour ce qui est de la mère qui ne porte pas l'enfant, dès lors qu'elle a consenti au projet parental, la filiation lui est imposée. L'enfant ou son représentant légal peuvent, en vertu de l'article 342-13, al. 4 du code civil, établir la filiation à l'égard de la mère d'intention qui n'a pas accompli les démarches à cette fin. La filiation est alors établie, sans condition de délai, sous réserve qu'aucun autre lien de filiation ne soit établi entretemps. Par cette règle, le législateur rappelle le caractère sérieux de l'engagement qui est à l'origine du projet parental. La démarche peut être intentée par l'enfant ou, durant sa minorité, par son représentant légal. Cette forme d'établissement de la filiation est spécifique aux couples de femmes.

De même, la responsabilité de la femme qui a fait obstacle à la remise de la reconnaissance conjointe peut être engagée. Il peut s'agir aussi bien de la mère qui accouche que de la mère d'intention. S'agissant de cette dernière, le fait qu'elle n'ait pas remis la reconnaissance conjointe n'engage pas nécessairement sa responsabilité, dans la mesure où elle n'est pas la seule à avoir cette obligation<sup>20</sup>. Sa responsabilité n'est engagée que lorsqu'elle fait obstacle à la remise de l'acte.

Enfin, la filiation à l'égard du tiers donneur ne pourra pas être établie, ce qui résulte non seulement des principes généraux du droit de la filiation<sup>21</sup> et des règles spécifiques à l'AMP, puisque l'article 342-9 du code civil interdit l'établissement de la filiation du tiers donneur, mais encore de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>22</sup>. En effet, selon un arrêt du 14 octobre 2020, le cumul des filiations adoptive et biologique est interdit. La Cour de cassation, en

conséquence, ne permet pas l'établissement de la filiation biologique d'une personne adoptée, de façon plénière, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale.

D'autres questions restent ouvertes : qu'en-t-il, par exemple, du recours à l'IVG ou à l'accouchement anonyme ? La reconnaissance conjointe suppose-t-elle le renoncement à ces libertés de la femme, que l'on considère comme fondamentales ? Rappelons aussi que l'AMP est réalisée avec des deniers publics. La liberté, dès lors, rime avec responsabilité.

Si toute loi nouvelle comporte nécessairement son lot de questions non résolues qui devront être tranchées ultérieurement par la jurisprudence, la nouvelle loi de bioéthique met en exergue la nécessité de refonte des droits de la filiation et de l'adoption. Enfin, l'évolution des rapports familiaux et du regard éthique que la société pose sur eux nous permettent de dire qu'il existe une véritable culture de santé publique à la française, une culture qui est fondée sur l'accompagnement et le respect des volontés individuelles et de la personne humaine, valeurs qui étaient chères à Axel Kahn.

## Déclaration de liens d'intérêts

L'auteur déclare ne pas avoir de liens d'intérêts.

A. Zelcevic Duhamel  
*Institut Droit et Santé, Université de Paris, Paris, France*  
 Adresse e-mail : [ana.duhamel@noos.fr](mailto:ana.duhamel@noos.fr)

Reçu le 28 décembre 2021

Accepté le 28 décembre 2021

Disponible sur Internet le 17 janvier 2022

<sup>20</sup> La situation diffère de celle des couples hétérosexuels, où seule la responsabilité de l'homme qui n'a pas reconnu l'enfant peut être engagée.

<sup>21</sup> En droit, français, un enfant ne peut avoir qu'une seule filiation paternelle et une seule filiation maternelle à la fois, ce qui résulte de l'article 320 du code civil. Cette règle empêche ainsi ce qu'on appelle les « *conflits de filiations* ».

<sup>22</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2020, n° 19-15.783, D. 2020, 2437, note A. Zelcevic-Duhamel. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, *Répertoire du Notariat Defrénois*, p. 16.