



HAL
open science

Enfants nés d'assistance médicale à la procréation : le poids du réel

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Enfants nés d'assistance médicale à la procréation : le poids du réel. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 01, pp.247. halshs-03664269

HAL Id: halshs-03664269

<https://shs.hal.science/halshs-03664269>

Submitted on 11 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Enfants nés d'assistance médicale à la procréation : le poids du réel

S. Paricard, *La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du code civil*, D. 2021. 1685 ; A. Gouëzel, *Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations*, Dr. fam. 2021. dossier 23

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Le code civil se voit doté de nouveaux articles encadrant l'assistance médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur pour régler la question de la filiation de l'enfant qui en est issu. Selon Sophie Paricard, désormais « l'enfant peut établir une filiation par le sang entre deux femmes » (p. 1685) et la nouvelle disposition préliminaire (C. civ., art. 6-2) qui affirme l'égalité de toutes les filiations affiche « la déssexualisation du droit de la filiation puisque le terme de parent est celui définitivement consacré par rapport à l'ancienne désignation des père et mère » (p. 1686). L'accès à l'AMP par la femme non mariée signifie en outre qu'elle peut décider d'y recourir même si elle est pacsée ou en concubinage et donc sans l'avis de son partenaire.

En dépit de l'unité affichée de filiation, Sophie Paricard pointe des différences : les couples d'homme et femme ne sont pas obligés de révéler ce don à l'enfant. De même, en cas de filiation établie à l'égard de deux femmes, seule celle qui n'a pas accouché bénéficie de ce nouveau mode d'établissement. « Le législateur n'a finalement pas voulu amorcer la déconnexion de la filiation maternelle de l'accouchement » (p. 1690). Enfin, si la reconnaissance n'est finalement pas portée dans l'acte d'état civil, la paternité pourra être établie. Il en ira de même si la femme qui accouche se marie avant la naissance avec un homme : la présomption de paternité va bloquer l'effet de la reconnaissance conjointe. Elle ne suffit donc pas à elle-même pour établir la filiation. En définitive, selon Sophie Paricard, ce mode d'établissement de la filiation est en partie un leurre (p. 1689).

Antoine Gouëzel explique que toute la difficulté de la loi était de ne pas franchir la ligne rouge de l'autorisation de la gestation pour autrui, ce qu'exigerait pourtant un tel dispositif transposé aux couples d'hommes. Il reste que cette traduction technique de la volonté politique d'égalité des filiations rend certains choix discutables, comme le terme de « reconnaissance » qui n'a pas la même portée dans le nouveau dispositif et dans le cas d'une filiation charnelle. De même, la filiation de papier établie à l'étranger se trouve enfin remise en cause car les actes d'état civil doivent désormais être appréciés conformément à la loi française, ce qui inclut l'interdiction de la gestation pour autrui. La jurisprudence de la Cour de cassation qui admettait une transposition pure et simple des actes d'état civil étrangers se trouve condamnée car pour le parent d'intention, il ne correspondra pas à la réalité biologique.

Les contributions précitées confirment de façon éclatante la difficulté à passer à un mode de filiation dont le modèle serait fondamentalement volontaire (F. Rouvière, *Volonté et filiation : la confusion des genres*, RTD civ. 2019. 703). L'accouchement reste le paradigme de toute filiation, son modèle concret et normatif. L'affirmation de l'égalité juridique des filiations n'efface pas la réalité biologique qui pèse toujours sur l'homoparenté. Cette différence était d'ailleurs l'un des arguments pour ne pas ouvrir aux personnes de même sexe le mariage du moment que ce dernier se concevait encore comme la fondation d'une famille. Aussi, la déssexualisation de façade de la filiation relève d'un choix politique et symbolique mais qui ne cède pas face à la réalité du sang et de l'accouchement. Ce verrou de chair, fondateur de la filiation sur le plan matériel et psychologique, ne paraît pas prêt de sauter. En dépit de la présentation légale, il n'y a donc pas d'établissement d'une filiation *de chair* entre deux femmes.

Pour notre part, nous n'y voyons aucun problème car la loi est faite pour régir les cas les plus fréquents. C'est ce que disent depuis longtemps des écrits et des auteurs vénérables comme Aristote (*Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1137 b1), le *Digeste* (I, 3, 10), Thomas d'Aquin (*Somme Théologique*, Ia-IIae, Q. 94, a. 4) et même Portalis (*Écrits et discours*

juridiques et politiques, PUAM, 1988, p. 24-26). Les règles du législateur sont normalement faites pour le lot commun et non pour les cas rares et marginaux. Inverser ce rapport serait détruire le sens même d'une législation qui s'occuperait des cas rares avant de s'occuper des cas communs. Il n'y a donc pas de leurre mais un poids du réel à assumer.

Pour nuancer le propos, il est vrai toutefois que c'est une tendance assez forte du droit contemporain de raisonner par les marges et les exceptions, office précisément jadis dévolu à la sagesse du juge. Mais l'époque veut que le législateur s'occupe de tout et dans les moindres détails. À chacun sa législation, à chacun son droit pourrait-on dire pour pasticher le doyen Carbonnier. Le cas particulier voudrait faire la règle.

On relèvera encore l'affirmation croissante de la volonté dans le domaine de la filiation qui est par ailleurs la seule voie pour établir une filiation à l'égard de deux personnes de même sexe. Mais la reconnaissance conjointe dont il est question ressemble à une adoption affaiblie car le consentement est recueilli devant notaire et même révocable dans plusieurs cas. Si l'on applique le critère de Yan Thomas pour caractériser une fiction, c'est bien la certitude du faux qui fait la différence avec la présomption (Y. Thomas, *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales, Droits 1995. 52). Or, ici, l'impossible rattachement charnel simultané à deux personnes de même sexe dévoile l'aspect fictif du procédé législatif.

On soulignera enfin que l'accès aux origines et la possibilité de connaître des informations sur le tiers donneur (sans lever son anonymat) sont, une nouvelle fois, autant de marqueurs du poids du sang sur la filiation. Ces brèves remarques montrent combien le droit, loin de se contenter d'enregistrer les rapports réels entre les êtres, cherche dans une certaine mesure à les instituer, notamment en affirmant une égalité juridique qui pallie les différences réelles. Cette dimension symbolique est donc indéniable et c'est sur ce terrain-là qu'il faut comprendre une telle législation : une tentative d'affirmer comme semblable ce qui, dans le réel, ne pourra jamais l'être.

On peut encore y lire une traduction toujours plus prégnante du désir d'enfant dans les dispositions législatives et une indifférence à la réalité du couple puisque même une femme célibataire peut accéder seule à cette forme de procréation. Du coup, cette AMP sans père interroge. La famille serait-elle réductible à la mère et l'enfant ? Par ailleurs, le spectre de la gestation pour autrui est en partie écarté en refusant la transcription pure et simple des actes d'état civil dressés à l'étranger. La distinction des choses et des personnes permet (encore) de maintenir une frontière entre l'être et l'avoir. Mais l'égalité formelle de tous les couples aura-t-elle raison de cette restriction ? C'est bien le choix à effectuer, à savoir celui qui consisterait à faire prévaloir le monde du droit sur le poids du réel.

La filiation peut-elle n'être alors qu'un artefact juridique ? Ce serait sans doute pousser l'autonomie du droit trop loin. Cette dernière a une signification avant tout technique et épistémique : vouloir la substituer à la réalité est certainement trop demander. Le poids du réel demeure et doit demeurer sans quoi le droit perdrait une grande partie de son assise dans le monde social où vivent avant tout des êtres de chair et de sang.