

**CEJESCO DE L'UNIVERSITE DE REIMS**

**MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE**

**LE « DROIT A L'ENFANT » ET  
LA FILIATION EN FRANCE ET DANS LE MONDE**

**RAPPORT FINAL**

**Sous la responsabilité scientifique de Clotilde Brunetti-Pons**

**Conformément à la Convention de recherche n° 14.19  
5 janvier 2015 - 5 janvier 2017**

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et justice (convention n° 14.19). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

## COMITÉ DE PILOTAGE

**Nathalie Baillon-Wirtz**

Mise en forme du rapport.

**Clotilde Brunetti-Pons**

Direction scientifique.

**Frédérique Granet-Lambrechts**

Encadrement de l'équipe des chercheurs en droit comparé.

**Martine Herzog-Evans**

Encadrement des enquêtes et interviews.

## ÉQUIPE DE RÉDACTEURS

**Nathalie Baillon-Wirtz, Maître de conférences à l'Université de Reims**

Le coût social des PMA-GPA (Partie II, Chapitre I, Section I, § 2)

La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui (Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section II).

**David Bonnet, Maître de conférences à l'Université de Reims**

Réflexions liminaires à propos de la terminologie juridique (Partie I, Chapitre I, Section préliminaire)

L'analyse des outils juridiques et conceptuels sollicités dans les situations de « droit à l'enfant » (Partie I, Chapitre I, Section I, § 1, A et B).

Le conflit entre « droit à l'enfant » et droits de l'enfant (Partie I, Chapitre I, Section I, § 2, A)

Le glossaire (Partie I, Chapitre I, Section II).

**Clotilde Brunetti-Pons, Maître de conférences HDR à l'Université de Reims, responsable du Centre de recherche sur le couple et l'enfant**

Introduction générale

Le « droit à l'enfant » et l'enfant sujet de droits (Partie I, Chapitre I, Section I, § 2, C)

L'analyse des obstacles propres aux nouvelles revendications de « droit à l'enfant », (Partie I, Chapitre I, Section I, § 3)

L'impact des normes internationales (Partie II, Chapitre II, Section II)

Les enjeux au regard du rôle des institutions (Partie III, Chapitre II, Section I)

Conclusion.

**Isabelle Corpart, Maître de conférences HDR à l'Université de Mulhouse**

Les pratiques d'assistance médicale à la procréation (Partie I, Chapitre II, Section I)

Le statut des enfants face aux pratiques d'assistance médicale à la procréation (Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section I)

Les retombées de l'assistance médicale à la procréation (Partie III, Chapitre II, Section III, § 1).

**Claire Fenton-Glynn, enseignant-chercheur à l'Université de Cambridge**

Droit du Royaume-uni.

**Anne Gilson, Maître de conférences à l'Université de Reims**

Les pratiques de gestation pour le compte d'autrui (Partie I, Chapitre II, Section II)

Les retombées juridiques de la GPA (Partie III, Chapitre II, Section III, § 2, C)

Les enjeux pour l'exercice de la médecine (Partie III, Chapitre II, Section II)

La mise à l'épreuve de la souveraineté nationale en matière de coercition (Partie III, Chapitre II, Section III)

Tableaux des données en matière de GPA (Annexe n°1 : tableaux 1 et 2).

**Martine Herzog-Evans, Professeur à l'Université de Reims**

L'approche empirique : mise en évidence des facteurs de risque (Partie III, Chapitre I, Section II)

La revue de littérature à dimension internationale (Partie III, Chapitre I, Section III, § 2, A)

Les retombées d'un point de vue éthique, médical et sanitaire (Partie III, Chapitre I, Section III, § 2, B).

**Gwenaëlle Hubert-Dias, Docteur en droit**

L'intérêt supérieur de l'enfant, le « droit à l'enfant » et les droits de l'enfant (Partie I, Chapitre I, Section I, § 2, B)

L'intérêt supérieur de l'enfant et l'ordre public à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui (Partie II, Chapitre I, Section I, § 1, B)

Tableaux de droit comparé (Annexe n° 2 : tableaux 1, 2, 3, 4, 5).

**Carmen Maria Lazaro Palau, Professeur associé à l'Université internationale de Catalogne**

Droit espagnol.

**Jean Michel Morin, Maître de conférences HDR en sociologie à l'Université Paris-Descartes**

L'approche sociologique (Partie I, Chapitre I, Section III)

L'approche sociologique (Partie III, Chapitre préliminaire).

**Nicolas Nord, Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg**

Le panorama des législations et jurisprudences dans le Monde (Partie I, Chapitre III).

**Bertrand Pauvert, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Mulhouse**

Les conflits de norme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Partie II, Chapitre II, Section I).

**Delphine Porcheron, Maître de conférences à l'Université de Strasbourg**

Les problématiques de droit international privé, état des lieux (Partie II, Chapitre I, Section I, § 1, A).

**Jean-Dominique Sarcelet, avocat général honoraire à la Cour de cassation**

L'analyse des mécanismes de la jurisprudence de la Cour de cassation au regard du « droit à l'enfant » (Partie II, Chapitre II, Section III).

**Jordane Segura, Chargée de recherche au LISER<sup>1</sup>**

Droit luxembourgeois.

**Bénédicte Palaux Simonnet, ancien avocat au barreau de Paris**

« Droit à l'enfant » et transsexualisme (Partie I, Chapitre I, Section I, § 1, C)

Le cas spécifique du transsexualisme (Partie I, Chapitre II, Section III)

Le transsexualisme au regard de l'union et de la reproduction : quelle filiation pour l'enfant ? (Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section III).

---

<sup>1</sup> Luxembourg Institute of Socio-Economic Research.

## PARTENAIRES ASSOCIÉS À LA RECHERCHE

**Gustavo Cerqueira, Maître de conférences à l'Université de Reims**

Droit brésilien.

**Colette Chiland, psychiatre, psychanalyste et Professeur émérite de psychologie clinique à l'Université René Descartes**

Transsexualisme : interviews, données.

**Françoise Furkel, Professeur émérite au Centre juridique franco-allemand de l'Université de la Sarre (Allemagne)**

Droit allemand.

**Pierre Lévy-Soussan, Psychiatre, psychanalyste, Directeur de la consultation filiation du Centre Médico Psychologique pour l'enfant et la famille, depuis 1999 à Paris 15<sup>ème</sup>.**

Interview : les retombées au regard des liens entre la filiation juridique et la construction psychique de l'identité chez l'enfant (Partie III, Chapitre I, Section I).

**Koïta Sekou, vice-doyen chargé des études et Directeur du Master Droit des affaires de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Générale Lansana Conté de Conakry, avocat au barreau de Guinée, Directeur de Juriguinée**

Droit guinéen.

**Fernando Machado, avocat à Rio de Janeiro**

Droit brésilien.

**Natalia Ochoa, Professeur à l'Université Camilo José Cela (Madrid)**

Le dépassement de mandat (Partie II, Chapitre II, Section II, § 1, A, 2).

**Fernando Texeira da Silva, avocat au Portugal**

Droit portugais.

Avec nos remerciements.

Avec nos remerciements également à tous ceux qui nous ont reçus et dont le nom ne peut être mentionné (ou qui ont souhaité ne pas être cités), spécialement les magistrats et les médecins.

**Hommage au Professeur Colette Chiland.** Le Professeur Colette Chiland (Docteur et Professeur de médecine) est décédé pendant nos recherches.

Nous rendons hommage, dans ce présent rapport, aux travaux menés par le Docteur Chiland et à son souci d'être entendue par ceux qui font les lois.

## SOMMAIRE

### **Partie I. L'émergence de situations de « droit à l'enfant » : quelles données ?**

#### **Chapitre I. L'inventaire et l'analyse des situations de « droit à l'enfant »**

Section Préliminaire. Réflexions liminaires à propos de la terminologie juridique

Section I. La mise en perspective des cas de « droit à l'enfant »

Section II. Le glossaire

Section III. L'approche sociologique

#### **Chapitre II. Les pratiques**

Section I. Les pratiques d'assistance médicale à la procréation

Section II. Les pratiques de gestation pour le compte d'autrui

Section III. Le cas spécifique du transsexualisme

#### **Chapitre III. Le panorama des législations et jurisprudences dans le monde**

Section I. La procréation médicalement assistée

Section II. La gestation pour le compte d'autrui

Section III. L'adoption

### **Partie II. Le « droit à l'enfant » et la filiation : quel statut juridique pour l'enfant ?**

#### **Chapitre I. Le « droit à l'enfant » et le statut juridique de l'enfant**

Section I. Les questions préalables : problématiques de droit international privé et coût social

Section II. La filiation et les pratiques de « droit à l'enfant »

#### **Chapitre II. Le « droit à l'enfant » et les conflits hiérarchiques de normes**

Section I. Les conflits de norme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Section II. L'impact des normes internationales

Section III. L'analyse des mécanismes de la jurisprudence de la Cour de cassation

### **Partie III. Les conséquences des évolutions analysées : quel impact ?**

#### **Chapitre préliminaire. L'approche sociologique**

#### **Chapitre I. Les retombées des pratiques recensées**

Section I. Les retombées d'ordre psychique

Section II. L'approche empirique : mise en évidence des facteurs de risque

Section III. Les retombées éthiques, médicales et sanitaires

#### **Chapitre II. Les enjeux sociétaux**

Section I. Les enjeux au regard du rôle des institutions

Section II. Les enjeux pour l'exercice de la médecine

Section III. La mise à l'épreuve de la souveraineté nationale en matière de coercition

#### **Bibliographie**

#### **Annexes**

#### **Table des Matières**

## TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	affaire
AJDA.	Actualité juridique de droit administratif
AJ famille	Actualité juridique famille
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
anc.	ancien
Ann.	Annales
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
art.	article
Ass./ass.	assemblée
A. P.	arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bibl. dr. priv.	Bibliothèque de droit privé
Bibl. dr. pub.	Bibliothèque de droit public
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C. assur.	Code des assurances
Cass. ch. mixte	arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CCNE	Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CE	arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
Cf.	<i>confer</i> (se reporter à)
ch.	chambre
Ch. réunies	arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
circ.	circulaire
CJUE	arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusions
Cons. const.	décision du Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPC ou C. proc. civ.	Code de procédure civile
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
D.	décret
dactyl.	dactylographié
DCC	décision du Conseil constitutionnel
Deffrénois	Répertoire général du notariat Deffrénois
(dir.)	sous la direction de
Doc. Fr.	La documentation française
doct.	doctrine
Dr.	Droit
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. fam.	Revue de droit de la famille

<i>Dr. pén.</i>	Droit pénal
éd.	édition, éditions ou éditeur
esp.	espèce
ex.	exemple
fasc.	fascicule
<i>G.A.J.C.</i>	Grands arrêts de la jurisprudence civile (Dalloz)
<i>G.P. ou Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> : au même endroit
<i>infra</i>	ci-dessous
inter.	international
IR	informations rapides
<i>J.-Cl. Code civil</i>	Jurisclasseur civil
JAF	juge aux affaires familiales
<i>JCP. G</i>	Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale
<i>J.C.P. N.</i>	Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale
J.O.	Journal officiel de la République française (lois et règlements)
<i>Juris-Data</i>	Juris-Data (Banque de données juridiques)
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA.	Les Petites Affiches
n°	numéro
obs.	observations
op. cit.	<i>opere citato</i> : dans l'ouvrage cité
ord.	ordonnance
p.	page
préc.	précité
préf.	préface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Q.	question écrite au ministre
<i>R.D. sanit. soc.</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rec. CE (Lebon)</i>	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
rééd.	réédition
réf.	ordonnance d'un juge des référés
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. min.	réponse ministérielle écrite
Req.	arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.	revue
<i>Rev. crit.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de recherche juridique (Droit prospectif)
<i>RJPF</i>	Revue juridique Personnes et Famille
<i>RTD. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suisant
sc.	sciences
somm.	sommaire



ss.  
*supra*

t.  
TA  
T. corr.

TGI  
th.  
TI

univ.

V.  
V°  
vol.

sous  
ci-dessus

tome  
jugement d'un Tribunal administratif  
jugement d'un tribunal de grande instance, chambre  
correctionnelle  
jugement d'un tribunal de grande instance  
thèse  
jugement d'un tribunal d'instance

universitaire

voyez  
*verbo* : mot  
volume

## **INTRODUCTION GENERALE**

Le « désir d'enfant » peut désormais être satisfait<sup>2</sup> sans la rencontre charnelle des père et mère<sup>3</sup>. Le développement de nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation<sup>4</sup> est en effet couronné de chances de succès de l'ordre de 19%<sup>5</sup>, bien que des risques<sup>6</sup> non négligeables, assez bien identifiés, demeurent.

Pourtant, si un tel désir *peut* être satisfait scientifiquement, il convient de se demander, face à des revendications de « droit à l'enfant », s'il *doit* l'être juridiquement et, le cas échéant, *jusqu'où*, c'est-à-dire dans le carcan de quel encadrement normatif.

Par souci de clarté, il convient de commencer par une présentation du droit français de la filiation (§ 1). La question d'un « droit à l'enfant » pourra, en second lieu, être formulée et replacée dans le contexte de l'encadrement normatif actuel de ces techniques, au sein de notre système juridique (§ 2), avant de souligner la nécessité de clarifier le droit positif à l'aune des dernières évolutions législatives et jurisprudentielles (§ 3).

## § 1. Des précisions liminaires

« **Droit à l'enfant et filiation** ». Filiation en mariage et filiation hors mariage sont des filiations dites « *biologiques*<sup>7</sup> ». Ce dernier mot renvoie au fait charnel et biologique de la procréation. Elles sont désignées sous les appellations de : filiations, filiations biologiques, filiations par le

---

<sup>2</sup> Pour 800 000 naissances en 2015 (Bilan démographique INSEE 2015, Insee première n° 1581, 19-01-2016) il faut compter environ 25 000 AMP, y compris les AMP *intra-couple* (v. Rapport médical et scientifique de l'AMP et de la génétique humaine en France, Agence de la biomédecine), v. site.

<sup>3</sup> V. le bilan 2015 de l'Agence de biomédecine. En 2014, 143 778 tentatives d'AMP ont été recensées, regroupant les inséminations, les fécondations *in vitro* et les transferts d'embryons congelés avec gamètes et embryons de différentes origines. Pour 95 % des AMP, les tentatives sont réalisées avec les gamètes des deux membres du couple. Dans 5 % des cas, les tentatives utilisent des spermatozoïdes, des ovocytes ou des embryons issus de don. Les inséminations artificielles, notamment *intra-utérines* (56 349 cycles), occupent une large place au sein des activités d'AMP (39 % de l'ensemble des tentatives). Principalement réalisées en intraconjugal, les inséminations *intra-utérines* font appel aux spermatozoïdes de donneurs dans un peu plus de 6 % des cas. Les prélèvements d'ovocytes en vue de fécondation *in vitro* représentent 60 933 cycles auxquels il faut ajouter les 501 prélèvements d'ovocytes en vue de don. Les fécondations *in vitro* (TEC exclues) mettent en jeu les gamètes d'un donneur ou d'une donneuse dans un peu plus de 3 % des cas. L'activité d'accueil d'embryon reste minime, v. <https://www.agence-biomedecine.fr/annexes/bilan2015/donnees/sommaire-proc.htm>. Le nombre des tentatives d'AMP ne coïncide pas avec le nombre de naissances. Sur ce dernier point il faut consulter le rapport de l'Agence de la biomédecine publié en 2013, concernant l'assistance médicale à la procréation et le don de gamètes en France relatifs à l'année 2011 : 23 127 enfants sont nés grâce aux tentatives d'assistance médicale à la procréation réalisées en 2011, soit 2,8% des enfants nés dans la population générale cette même année. Parmi ces naissances, 1 307 enfants sont issus d'un don de gamètes (soit 0,16 % de l'ensemble des enfants nés en 2011).

<sup>4</sup> Sur l'historique de l'insémination artificielle, V. not. : G. David, *Histoire de l'insémination artificielle, Echanges*, 1974, 23 ; J.-L. Baudoin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'Homme de quel Droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Les voies du droit, PUF 1987, « L'insémination artificielle », pp. 23-61.

<sup>5</sup> D'après les rapports d'activité de l'Agence de la biomédecine, les taux de réussite sont de l'ordre de 19 % ; v. sur les modalités de calcul : F. Taboulet, « Le don de gamètes : quels enjeux médico-économiques ? », in *Le don de gamètes*, A. Mirkovic (sous la dir. de), éd. Bruylant 2014, pp. 53-83. Et v. sur le site de l'Agence de biomédecine, l'évaluation des résultats des centres d'assistance médicale à la procréation pratiquant la fécondation *in vitro* et l'insémination artificielle en France, mise à jour le 11 avril 2016.

<sup>6</sup> Des effets « indésirables » (pertes de gamètes ou d'embryons, erreurs d'attribution ou d'identification, etc.), voire des accidents, sont recensés par l'Agence de la biomédecine (v. Rapports annuels sur le dispositif de vigilance relative à l'assistance à la procréation, V. site de l'Agence).

<sup>7</sup> Sur les imperfections d'une telle qualification, v. C. Labrusse-Riou, Préface, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, éd. Mare & Martin 2014, pp. 11-25, spéc., p. 21.

sang ou filiations par nature, selon les textes et ouvrages qui l'abordent. Pour qu'elle devienne « filiation juridique », *lien de droit*, il faut qu'elle soit *légalement établie*.

Les modes d'établissement de la filiation admis par le droit français sont énumérés dans le Code civil (C. civ. art. 311-25 et s)<sup>8</sup>. Ils sont ordonnés à la preuve de la procréation.

## 1. Un système ordonné à la preuve de la filiation véritable de l'enfant

La directive, en la matière, est la recherche de la filiation véritable de l'enfant<sup>9</sup>. Ce principe a des corollaires :

- **Les présomptions relatives à la période légale de conception** (C. civ. art. 311) pour déclencher la présomption de paternité du mari de la mère dans le mariage (C. civ. art. 312).
- **Les actions relatives à la filiation.** Tout le contentieux de la filiation est axé sur le rétablissement judiciaire de la vérité biologique : 1° Actions aux fins d'établissement de la filiation (C. civ. art. 325 et s). 2° Actions en contestation de la maternité ou de la paternité (C. civ. art. 332 et s.).
- **La prévalence de la preuve biologique.** A l'heure actuelle, la preuve de la filiation biologique de l'enfant peut être rapportée avec certitude. Deux types de preuve le permettent : la preuve sanguine et l'expertise génétique. Seule la seconde est réglementée par la loi. Toutefois, la jurisprudence a tendu à unifier les deux régimes en appliquant les mêmes conditions à ce qu'elle appelle l'« expertise biologique »<sup>10</sup>. Les articles 16-11 et 16-12 du Code civil régissent la preuve génétique depuis la loi du 29 juillet 1994. Pour y recourir, il faut notamment : le consentement<sup>11</sup> de la personne soumise à l'examen et une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi. Cette expertise biologique est « de droit »<sup>12</sup> en matière de filiation. Cela signifie que le juge ne peut pas s'y opposer ou s'y soustraire, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder<sup>13</sup>. En particulier, la possession d'état<sup>14</sup> ou des présomptions ne constituent pas un motif légitime de refus<sup>15</sup>. Toute filiation établie par un acte de naissance, une reconnaissance ou une possession d'état tombe devant cette preuve. En dehors du motif légitime, seules les règles de prescription y apportent des limites. Enfin, en cas de refus de se soumettre à l'expertise biologique, les juges du fond apprécient souverainement la valeur de la présomption qui en résulte<sup>16</sup>.

---

<sup>8</sup> La loi du 3 janvier 1972 a profondément remanié le système. L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 n'en a pas modifié l'esprit tout en le simplifiant.

<sup>9</sup> Comme le souligne le Doyen Cornu. « *L'établissement de la filiation a pour finalité essentielle de donner à un enfant ses parents véritables. (...) Le but à atteindre est l'établissement de la vérité biologique : vérité naturelle* », *La famille*, éd. Montchrestien, 5<sup>ème</sup> éd., spéc. p. 274 ; la CEDH se réfère de son côté à la filiation *réelle*, aff. *Mandet c/ France* du 14 janv. 2016, req. n° 30955/12. V. Sur l'analyse des évolutions législatives : P. Murat (sous la dir. de), *Droit de la famille*, 7<sup>ème</sup> éd. 2016/2017, éd. Dalloz, § 210.3 et s. : « La filiation par la procréation ».

<sup>10</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 sept. 2003, n° 01-03408.

<sup>11</sup> L'article 16-11, al. 2, du Code civil interdit la recherche des empreintes génétiques après la mort, sauf accord exprès de la personne manifestée de son vivant, v. *infra*.

<sup>12</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mars 2000, n° 98-12806.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 fév. 1997, n° 95-12701 : l'acte de notoriété fait foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire.

<sup>15</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mai 2008, n° 07-15037.

<sup>16</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juin 2013, n° 12-19569.

- **Vers un droit de l'Homme (*human right*<sup>17</sup>) à la reconnaissance de la filiation biologique** et vers un droit de l'enfant à l'établissement de sa **filiation réelle** dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>18</sup>. Dans la jurisprudence de la Cour européenne, le refus de reconnaître efficacité à la reconnaissance de celui qui se prétend le père biologique de l'enfant a pu être considéré comme ne violant pas l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme<sup>19</sup>. Cependant, dans un arrêt plus récent, la Cour européenne des droits de l'homme aperçoit une violation de l'article 8 de la part d'autorités qui refusent au père biologique d'établir sa paternité au seul motif que l'enfant dispose d'une filiation légale à l'égard d'un autre homme<sup>20</sup>. Une telle solution est également consacrée dans l'affaire *Mandet c/ France*<sup>21</sup> du 14 janvier 2016, la Cour y ajoutant la précision, sur le fond, que l'intérêt supérieur de l'enfant réside dans l'établissement de sa filiation *réelle*.

La CEDH restreint corrélativement peu à peu les possibilités légales de limiter<sup>22</sup> l'accès à la filiation biologique ou sa contestation<sup>23</sup>, sans toutefois aller jusqu'à remettre en cause une décision judiciaire ancienne<sup>24</sup>.

## 2. Un système de preuve laissant place à la volonté individuelle<sup>25</sup>

Outre le constat selon lequel la place de la volonté est de plus en plus large dans la décision de procréation, le système légal reconnaît un certain rôle à la volonté individuelle dans l'établissement de la filiation.

- **La reconnaissance.** Hors mariage, l'établissement de la filiation paternelle est volontaire (C. civ., art. 316). Il s'agit d'un aveu qui tomberait devant la preuve contraire.

<sup>17</sup> Nous avons une préférence pour l'expression d'« *human rights* » qui souligne que l'homme et la femme appartiennent bien tous deux au genre humain qui fonde ces droits. En français, cela donne « droits de l'être humain », ce qui est certes plus difficile à utiliser que l'expression « droits de l'Homme » ; c'est pourquoi nous nous permettrons d'utiliser l'expression anglaise « *human rights* » à plusieurs reprises.

<sup>18</sup> La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle accroît considérablement la portée des décisions de la Cour EDH, au titre d'une possibilité de réexamen en matière civile, article 42, J.O. 19 nov. 2016. n°269. v. *infra*.

<sup>19</sup> CEDH, 20 juin 1999, *Nylund c/Finlande*, req. n° 27110/95. En l'espèce, la Cour reconnaît la primauté des intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit. V. cependant : CEDH, 16 juin 2011, V. obs. F. Granet-Lambrechts, D. 2012. 1432 ; J. Hauser, *RTD civ.* 2011. 526 ; *RJPF* 2012-10/41, note T. Garé ; *AJ fam.* 2011. 429, obs. F. Chénéde.

<sup>20</sup> CEDH, sect. I, 18 mai 2006, *Rozanski c/ Pologne*, req. n° 55339/00. Sont relevés les liens avec celui qui cherche à établir la filiation. Il semble donc que, pour que le droit de faire établir la filiation biologique soit reconnu sur le fondement de l'article 8, il faille des liens réguliers rendant compte d'une véritable vie de famille au sens de ce texte. Des liens épisodiques ne suffisent pas (CEDH, sect. II, 13 janv. 2004, *Haas c/ Pays-Bas*, req. n° 36983/97), mais, v. aff. *Mandet c/France* du 14 janvier 2016.

<sup>21</sup> CEDH, 14 janvier 2016, n° 30955/12, aff. *Mandet c/France*.

<sup>22</sup> Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 juillet 2016, n° 15-19853, confirme la possibilité de faire exception à la prescription des actions relatives à la filiation (...) sur le fondement du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, H. Fulchiron, note D. 2016. p. 1980. Et V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 juin 2015, n° 14-20790.

<sup>23</sup> J. Flauss-Diem, Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes, *RLDC* déc. 2006, n° 33, p. 33.

<sup>24</sup> CEDH, sec. III, 9 nov. 2006, *Tavli c/ Turquie*, req. n° 11449/02, v. cependant, CEDH, sec. IV, 10 oct. 2006, *Paulik c/Slovaquie*, req. n° 10699/05 : La Cour y conteste l'impossibilité pour le père biologique de contester la filiation déjà judiciairement constatée de sa fille âgée de 40 ans.

<sup>25</sup> E. Hirsoux, *La volonté individuelle en matière de filiation*, th. Paris 1988.

L'établissement de la filiation rétroagit au jour de la naissance de l'enfant : c'est la naissance (fait juridique) qui fait filiation ; la reconnaissance est un acte déclaratif.

- **L'accouchement sans indication du nom de la mère**<sup>26</sup>. Le nom de celle qui accouche, la mère, est habituellement indiqué sur l'acte de naissance de l'enfant. Cette inscription établit la filiation maternelle. La femme a toutefois la possibilité de demander à accoucher sous le secret (C. civ., art. 326). En ce cas, la filiation maternelle ne sera pas établie, mais l'action en établissement judiciaire de la filiation maternelle reste ouverte à l'enfant.
- **La volonté de la mère ne mentionnant pas le nom du père**. L'enfant garde en ce cas la possibilité de former une action en recherche de paternité, selon les règles du droit de la filiation.
- **L'adoption**<sup>27</sup>. L'adoption est initiée par la volonté d'adopter un enfant<sup>28</sup>. Il faut toutefois respecter des conditions légales pour pouvoir adopter (C. civ., art. 343 et s.)<sup>29</sup>. En outre, l'adoption est toujours judiciaire. Lorsqu'il prononce le jugement d'adoption, le juge doit vérifier que les conditions légales sont bien remplies et que l'intérêt de l'enfant est satisfait. La source de la filiation est judiciaire. En aval et corrélativement, le régime de la filiation est fixé par assimilation<sup>30</sup> à la filiation biologique.
- **La procréation médicalement assistée**. Procédure amorcée par une démarche volontaire émanant d'un couple constitué d'un homme et d'une femme en âge de procréer, elle exige l'intervention (insémination ou implantation) d'un médecin. Elle suppose le respect des conditions légales posées à l'article 311-20 du Code civil et aux

---

<sup>26</sup> C. const, 16 mai 2012, décision n° 2012-248 QPC ; note D. Roman, La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible, *AJDA* 2012. 1036 ; *AJ fam.* 2012. 406, obs. F. Chénéde.

<sup>27</sup> Sur l'historique, V. *Droit des personnes et de la famille*, éd. Lamy, 2011, F. Dekeuwer-Défossez et E. Pouliquen (sous la dir. scientifique de), n° 426-9. Jusqu'à la promulgation du décret-loi du 29 juillet 1939, l'adoption, tombée en désuétude sous l'Ancien Régime et réintroduite dans le droit français avec des effets limités par le Code civil Napoléonien, ne remettait pas en cause les rapports de filiation que l'adopté tenait de sa naissance : la parenté qu'elle créait se superposait à la filiation d'origine, sans se substituer à elle. La réforme du 29 juillet 1939 (décret-loi) a apporté un changement considérable dans les effets de l'adoption : d'une part, il a permis à l'autorité judiciaire de rompre les liens entre l'enfant adoptif et sa famille d'origine, d'autre part, il a créé l'adoption dite aujourd'hui plénière qui substitue la filiation adoptive à la filiation d'origine. La législation actuelle, qui découle pour l'essentiel de la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, a maintenu et conforté les apports introduits par le décret-loi du 29 juillet 1939. La réforme de 1966 n'a retenu que deux formes d'adoption : l'adoption plénière qui entraîne rupture des liens avec la famille d'origine et l'adoption simple dans laquelle l'enfant adopté reste dans sa famille d'origine, conservant sa filiation et ses droits héréditaires, l'autorité parentale étant entièrement déléguée à la famille adoptive. Pour une explication des évolutions de l'adoption d'un « recueil d'enfant » à « l'adoption plénière », v. C. Flavigny, in *L'enfant oublié*, Institut Thomas More, E. Montfort (sous la dir. de), éd. Cerf, 2016, spéc., pp. 21 et s : « Rédigée en étroite collaboration entre la juriste Simone Veil et le pédopsychiatre Michel Soulé, l'adoption plénière met en cohérence un cadre juridique avec une donnée psychoaffective » ; « Le protocole d'adoption plénière favorise à l'enfant de surmonter le traumatisme affectif de son abandon initial par son accueil en adoption au sein d'une famille désignée comme « pleinement » la sienne (« plénièrement », en termes juridiques). Il n'ignore pas, le décalage entre l'engendrement et la filiation juridiquement instituée mais centre l'éveil psychoaffectif sur la famille adoptive qui en devient fondatrice et référente. »

<sup>28</sup> L'adoption existe depuis longtemps, sous des formes variées, mais n'a pas eu pour objectif, avant une époque récente, de répondre à un « désir d'enfant », v. P. Murat, *Les transformations de la famille. Quel impact sur les finalités de l'adoption*, *Informations sociales* 2008/2 (n° 146), éd. CNAF, pp. : 20-33.

<sup>29</sup> Pour que le droit donne à la volonté la force d'établir le lien de filiation, il faut que cette dernière réponde à un certain formalisme, v. C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français. Etude critique*, PUAM, 2009.

<sup>30</sup> C. civ., art. 358.

articles L. 2141-1 et s.<sup>31</sup>, R. 2141-1 et s. du Code de la santé publique. Les conditions légales visent notamment à assurer à l'enfant une filiation cohérente<sup>32</sup>, dans l'intérêt de ce dernier. La filiation est instituée juridiquement par les procédés habituels d'institution : présomption de paternité en mariage ; reconnaissance hors mariage ; acte de notoriété. Il s'agit de filiations introduites dans les mécanismes du titre VII du livre I<sup>er</sup> du Code civil relatif à la filiation biologique (principe d'assimilation). Les liens entretenus avec la filiation biologique sont donc ici encore plus forts que dans la filiation adoptive pour laquelle il est procédé par imitation du point de vue des effets, mais de façon autonome sous l'angle de l'établissement du lien (par décision judiciaire).

Le principe de l'anonymat<sup>33</sup> (C. civ., art. 16-8) des donneurs de gamètes fonde la cohérence du processus filiatif<sup>34</sup> en la matière (C. civ., art. 311-19 et 311-20)<sup>35</sup>.

### 3. Un système de preuve ménageant la paix des familles

- **Prescriptions.** Pour préserver la paix des familles, le droit de la filiation prévoit<sup>36</sup> des prescriptions<sup>37</sup> de l'action en contestation de filiation (C. civ., art. 321, prescription décennale). Le délai de prescription est suspendu par la minorité de l'enfant, lequel peut donc exercer l'action en filiation pendant dix ans à compter de ses dix-huit ans. La concordance de la possession d'état et du titre officiel établissant la filiation est de nature à réduire ces possibilités (C. civ., art. 333).

---

<sup>31</sup> CSP, art. L. 2162-1 et s. pour les dispositions pénales.

<sup>32</sup> Rappr. par exemple de l'exigence légale que le couple candidat à l'AMP soit « en âge de procréer », V. cependant le jugement rendu par le Tribunal administratif de Montreuil, 8<sup>ème</sup> ch., 14-02-2017, n° 1606724, annulant deux décisions de l'Agence de biomédecine rejetant les demandes d'autorisation d'exportation de gamètes et de tissus germinaux présentées par deux couples, le tribunal reprochant à l'agence d'avoir procédé à une analyse *in abstracto* de l'âge de chacun des demandeurs (naissance en 1946 et 1947), alors qu'elle aurait dû « prendre en considération l'ensemble des éléments propres à la situation personnelle du bénéficiaire potentiel de l'autorisation, sans limiter son appréciation à son année de naissance », le tribunal se prononçant sans se référer à l'intérêt de l'enfant, v. obs. A. Mirkovic, Dalloz 2017, p. 511.

<sup>33</sup> Le Conseil d'Etat juge ce principe compatible avec les stipulations de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), décision du 12 nov. 2015 (CE 9° et 10° s-s-r, n° 372121) : le législateur, en fixant la règle de l'anonymat, n'a pas outrepassé la marge d'appréciation dont il dispose en vue d'assurer un juste équilibre entre les différents intérêts en présence, à savoir ceux du donneur et de sa famille, du couple receveur, de l'enfant issu du don de gamètes et de la famille de l'enfant conçu. Cette règle n'est donc pas incompatible avec l'article 8 de la CESDH. Sur l'importance de l'anonymat, v. P. Lévy-Soussan, *Eloge du secret*, éd. Fayard, 2006.

<sup>34</sup> P. Lévy-Soussan, Enjeux psychologique des filiations actuelles : en finir avec l'intérêt de l'enfant ? *in Familles contemporaines ; le défi de l'éthique*, colloque Ville de Marseille, 24 nov. 2016.

<sup>35</sup> C. Neirinck, Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines, *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, loc. cit., spéc. p. 34. Pour l'exemple du droit allemand, v. F. Furkel, Les incidences de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique, *in Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, B. Feuillet-Liger et M-C Crespo-Brauner (sous la dir. de), éd. Bruylant 2014, pp. 23-53.

<sup>36</sup> Sous réserve de la jurisprudence précitée de la CEDH.

<sup>37</sup> Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté (C. civ., art. 321). L'action en filiation est en principe intransmissible aux héritiers du défunt, sauf les cas énumérés à l'article 322 du Code civil. La CEDH est venue préciser qu'il n'y a pas violation de l'article 8 Convention EDH lorsque les décisions judiciaires ont refusé à la requérante le droit d'agir en établissement de la filiation de son père à l'égard de son prétendu grand-père, dès lors que ceux-ci n'avaient pas exercé l'action de leur vivant (CEDH, sect. III,5 mai 2009, *Menendez Garcia*, req. n° 21046/07).

- **Possession d'état.** L'apparence d'un lien de filiation suffit à la preuve de la filiation lorsqu'un titre de notoriété est délivré par le juge. Cette présomption de filiation peut être renversée par tous moyens, mais l'action en contestation s'éteint après 10 ans de possession conforme à l'acte de notoriété.
- **Le respect dû aux sépultures**<sup>38</sup>. L'article 16-11 prévoit que : « *sauf accord exprès de la personne manifestée de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après la mort* »<sup>39</sup>.

La jurisprudence de la CEDH n'est cependant pas aussi bien fixée sur ce point que le droit interne français : la CEDH envisage<sup>40</sup> parfois la possibilité de recourir à un prélèvement après exhumation, parfois s'y refuse<sup>41</sup>.

Dans ce contexte normatif – légal et jurisprudentiel –, le droit de la filiation fonde l'enracinement<sup>42</sup> de chaque être humain dans une double généalogie : maternelle et paternelle. Il joue en l'occurrence *son rôle de Tiers*<sup>43</sup>. « *Les parents sont (en conséquence) appelés procréateurs*<sup>44</sup> parce qu'ils sont légalement censés avoir renoncé à être le Tiers (...) »<sup>45</sup>. Ceci signifie que ce n'est pas la volonté des parents qui fait juridiquement la filiation, mais, suivant les cas, le mariage, la naissance (fait juridique), le jugement. Le Droit (les dispositions du Code civil) « crée » la filiation, pas la convention<sup>46</sup>.

A la suite de l'évolution des pratiques, la législation relative à la bioéthique a proclamé, en tête du Code civil, les principes directeurs<sup>47</sup> à partir desquels a été pensée la réglementation de l'assistance médicale à la procréation. Les pratiques médicales ainsi encadrées ont soulevé des questions juridiques parfois difficiles à résoudre<sup>48</sup>. Une abondante littérature en rend compte<sup>49</sup>.

<sup>38</sup> C. civ., art. 16-1-1, al. 1 : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas après la mort ».

<sup>39</sup> Cette règle est immédiatement applicable aux instances en cours, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 avr. 2008, *Bull. civ. I*, n° 101. La jurisprudence interprète souplement le texte : le prélèvement est possible dès lors qu'il n'existait aucun doute sur la réalité du consentement donné par les héritiers du défunt, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juillet 2001, *Bull. civ. I*, n° 203.

<sup>40</sup> CEDH, sec. III, 13 juill. 2006, *Jäggi c/Suisse*, req. n° 58757/00.

<sup>41</sup> CEDH 3<sup>ème</sup> sect., 5 mai 2009, *Menendez Garcia c/ Espagne*, RTD. civ. 2009. 679, obs. J. Marguénaud.

<sup>42</sup> Incontestablement, la filiation « biologique » demeure aujourd'hui la norme en droit français : à la fois d'un point de vue factuel (la procréation est presque toujours le fruit de la rencontre charnelle de l'homme et de la femme), et juridique (Titre VII du Livre I<sup>er</sup> du Code civil). La conception en éprouvette est une exception justifiée par des raisons médicales. Le rapport principe-exception domine en l'occurrence notre droit. Il fonde un équilibre assez subtil mais cohérent. Le juridique rattache l'enfant à ceux qui l'ont engendré (droit commun de la filiation). Le lien biologique n'est pas toutefois en la matière le fondement exclusif d'une filiation : l'adoption permet de la fonder sous certaines conditions et des règles spécifiques ont été introduites pour consolider le cas particulier de la filiation d'enfants nés à la suite d'une aide médicale à la procréation, par renvoi et assimilation à la filiation biologique, C. civ., art. 358, 311-19 et 311-20 et v. *supra*.

<sup>43</sup> A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, éd. Seuil, 2005.

<sup>44</sup> V. ce mot *in* glossaire, *infra*.

<sup>45</sup> P. Legendre, *Les enfants du texte - étude sur la fonction parentale des Etats*, éd. Fayard, 1992.

<sup>46</sup> C. civ., art. 376; C. civ., art. 323.

<sup>47</sup> C. civ., art. 16 et s.

<sup>48</sup> B. Feuillet-Liger, K. Orfali and T. Callus, *Who is my Genetic Parent? Donor Anonymity and Assisted Reproduction: a Cross-Cultural Perspective*, éd. Bruylant, 2011, coll. Droit, bioéthique et société.

<sup>49</sup> Pour cette raison, il est absolument impossible d'être exhaustif. Le présent rapport est certes documenté mais l'expertise n'a pu embrasser tous les écrits publiés à l'échelle mondiale sur le sujet.



Les difficultés et débats analysés dans le cadre du présent rapport sont la conséquence de la possible dissociation du sexuel et du filiatif par les méthodes de procréation médicalement assistées<sup>50</sup>. Toutefois, le contenu du débat a considérablement évolué ces dernières années.

## § 2. La question d'un « droit à l'enfant »

La question d'un « droit à l'enfant » est largement débattue en doctrine depuis la fin des années 1980. Dès 1987, un ouvrage<sup>51</sup> intitule ainsi l'un de ses chapitres : « Du désir d'enfant au droit à l'enfant », mettant en évidence : « L'impossible consécration d'un droit à l'enfant <sup>52</sup>».

A l'heure actuelle, la donne a changé. La revendication n'est plus l'aide à la procréation mais l'obtention d'un enfant « fabriqué<sup>53</sup> » avec une partie (plus rarement la totalité) du patrimoine génétique des « procréateurs »<sup>54</sup>.

La législation relative à la bioéthique a introduit en droit français un système juridique permettant d'encadrer les nouvelles techniques destinées à pallier des stérilités médicalement constatées, sans permettre pour autant la consécration d'un « droit à l'enfant »<sup>55</sup>. Sous l'influence de divers facteurs (notamment l'âge de la maternité), les cas de stérilité sont de plus en plus nombreux. L'assistance médicale à la procréation permet d'y remédier. Encore faut-il toutefois, pour que les dérives et risques créés ne soient pas alors trop importants, respecter les principes posés et, spécialement, ne pas les ébranler à la hâte<sup>56</sup>.

### 1. Les obstacles à l'opposabilité d'un « droit à l'enfant »

En premier lieu, un « droit à l'enfant » ne peut être opposé au corps médical<sup>57</sup> dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation<sup>58</sup>.

En second lieu, un « droit à l'enfant » ne peut être opposé aux donneurs de gamètes. Dès lors que l'on prétend recourir à des donneurs ou donneuses pour satisfaire un désir d'enfant, la mutation du désir en un droit impliquerait la reconnaissance d'une obligation de don.

En troisième lieu, un « droit à l'enfant », ne peut être opposé au deuxième géniteur. Il faut être deux pour faire un enfant. Cette réalité naturelle que la science n'a pas écartée implique entre les géniteurs une relation qui, même dans la procréation naturelle, « *interdit aujourd'hui que*

---

<sup>50</sup> P. Lévy-Soussan, Filiation, sexuation et construction psychique : nature et culture, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant, 2016, pp. 85-99.

<sup>51</sup> J.-L. Baudoin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'Homme de quel Droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, préc.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 155 et s.

<sup>53</sup> J. Testard, 4<sup>ème</sup> assises *Technologos*, 16-17 sept. 2016 : « *L'élargissement de la clientèle de l'AMP a conduit à la banalisation de la fabrication artificielle des enfants suite à la technicisation croissante de la procréation* ».

<sup>54</sup> V. Glossaire.

<sup>55</sup> J.-F. Mattéi, Des dilemmes éthiques au cœur des pratiques médicales, in *Familles contemporaines ; le défi de l'éthique*, colloque ville de Marseille, 24 nov. 2016, *op. cit.*

<sup>56</sup> J.-F. Mattéi, *op. cit.*

<sup>57</sup> J.-F. Mattéi, *ibidem*. Il n'y a pas d'obligation pour le médecin, pas seulement au regard du cadre législatif mais aussi au vu de la déontologie médicale.

<sup>58</sup> Pour une analyse doctrinale approfondie sur le sujet : J.-L. Baudoin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'Homme de quel Droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 156 et p. 158 : « *La procréation artificielle avive l'espérance de la naissance chez les couples infertiles, et rend plus difficile le renoncement à l'enfant. Elle n'engendre pas pour autant un droit, car ni les médecins, ni les tiers donneurs ne sont tenus et ne doivent être tenus de satisfaire positivement le désir d'enfant* ».

*l'on impose l'engendrement<sup>59</sup> à l'autre au nom d'une obligation juridique<sup>60</sup> ». Dans les rapports entre les géniteurs, l'exigence du consentement qui découle des libertés même, fait obstacle au droit subjectif et au pouvoir unilatéral de contrainte. La filiation, toutefois, devient une obligation juridique pour l'homme qui a consenti à l'assistance médicale à la procréation en présence d'un tiers donneur (C. civ., art. 311-20).*

La question se pose encore de savoir si le droit à un don de gamètes pourrait être opposé à l'Etat<sup>61</sup>. La conséquence en serait l'impossibilité pour un Etat d'avoir une législation refusant<sup>62</sup> l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes. La Cour européenne des droits de l'homme juge cependant que l'interdiction par la loi autrichienne de la fécondation *in vitro* avec don de gamètes relève de la marge d'appréciation des Etats et ne viole pas le droit au respect de la vie privée et familiale, protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>63</sup>. Il existe en l'occurrence un conflit de normes.

## 2. Les conflits de norme

Des principes fondamentaux entrent en jeu : tout d'abord, l'indisponibilité du corps humain, principe fondamental et supérieur<sup>64</sup>. Par exemple, l'illicéité d'accords portant sur les gamètes en découle<sup>65</sup>. La volonté individuelle est considérée comme impuissante à créer des droits et obligations sur les gamètes, *a fortiori* sur l'enfant.

L'enfant, en effet, ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial<sup>66</sup>. L'enfant est une personne à part entière<sup>67</sup>. Il est titulaire de droits. Les adultes ont d'abord des devoirs envers lui. Ses besoins fondamentaux sont pris en compte, traditionnellement, dans l'édiction des normes et modèles<sup>68</sup>. Certes, il est frappé d'une incapacité d'exercice pendant la minorité, mais c'est alors pour assurer sa protection : dans cette conception, le rôle du Droit est de le protéger, parfois même de ses propres géniteurs dans la mesure toutefois où le principe de subsidiarité le permet (CIDE, art. 18 et art. 9), donc sous de strictes conditions (CIDE, art. 9-1).

Cette conception interventionniste (l'Etat intervient pour protéger l'enfant) est consacrée par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et par l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux<sup>69</sup> de l'Union Européenne.

---

<sup>59</sup> A distinguer de l'obligation d'assumer un recours accepté à l'AMP, v. *infra* pages 58 et s, mais avec des problèmes juridiques spécifiques au regard des principes directeurs du droit français.

<sup>60</sup> J.-L. Baudoin et C. Labrusse-Riou, *op. cit.*, p. 155.

<sup>61</sup> M. Lamarche, D'un éventuel droit au don de gamètes dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, *Dr. Famille*, n° 12, déc. 2011, alerte 97.

<sup>62</sup> Rappr. CEDH, aff. *Paradiso et Campanelli C/Italie*, gr. ch., 24 janv. 2017, req. n° 25358/12 énonçant, sous un autre angle : « (...) la convention ne consacre aucun droit de devenir parent (...) » (§ 215).

<sup>63</sup> CEDH 3 nov. 2011, aff. *SH et a. c. Autriche*, n° 57813/00, *AJ fam.* 2011, p. 608.

<sup>64</sup> A. Sériaux, Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, 1996, pp. 147-164.

<sup>65</sup> A. Sériaux, Droit naturel et procréation artificielle : Quelle jurisprudence ? *D.* 1985, chr. p. 53.

<sup>66</sup> En introduisant la possibilité de conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale le législateur a, en 2002, affaibli le principe du droit français selon lequel l'enfant ne peut faire l'objet d'un droit. Toutefois, dans ce dernier cas, l'enfant est d'abord assujéti à l'autorité parentale et non l'objet d'un droit *stricto sensu*.

<sup>67</sup> D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002 ; N. Baillon-Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, C. Brunetti-Pons, *L'enfant sujets de droits*, Lamy, Axe Droit, 2010.

<sup>68</sup> *L'enfant oublié*, éd. Cerf, nov. 2016, préc.

<sup>69</sup> Art. 24 proclamant certains des droits de l'enfant et le caractère primordial de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### 3. Les équilibres sur lesquels repose la législation bioéthique en droit français<sup>70</sup>

La loi du 29 juillet 1994 a consacré dans une certaine mesure la validité d'accords de volonté dans le domaine de la bioéthique, mais avec des limites qui ont permis de ne pas remettre en cause les principes directeurs<sup>71</sup>. Au contraire, des principes fondamentaux ont été proclamés dans le Code civil (C. civ., art. 16 et s.). Ces accords ont été envisagés et intégrés dans notre système normatif sur la base de la mise en œuvre d'un raisonnement par analogie avec les dons d'organes.

Les fondements de la législation française reposent sur des équilibres permettant d'éviter une atteinte grave aux droits et libertés fondamentaux de la personne humaine. Jusqu'à présent, cette recherche d'équilibre a empêché la consécration pure et simple d'un « droit à l'enfant ». La législation<sup>72</sup> dite « bioéthique » puise ses normes à deux sources :

*D'une part*, dans le droit civil des contrats<sup>73</sup> par application du principe de l'autonomie de la volonté<sup>74</sup>. En droit français, toutefois, cela pose problème car les personnes, y compris l'enfant, ne sont pas des choses dans le commerce<sup>75</sup>.

En découlent des contradictions internes dans les raisonnements mis en œuvre : validité des dons (accord de volontés) avec obligation (impérative<sup>76</sup>) pour l'homme qui accepte, avec sa compagne, une AMP avec tiers donneur d'assumer juridiquement la paternité qui en découle<sup>77</sup>. La sollicitation du droit des contrats ne suffisait pas, en outre, à fonder des entorses aux principes directeurs et droits fondamentaux. Par exemple, le don de gamète heurte le principe de l'indisponibilité du corps humain. Depuis la législation de 1994, ce don en constitue l'une des exceptions les plus importantes<sup>78</sup>. Pour justifier l'exception, il fallait une bonne raison. C'est là qu'intervient la seconde source.

*D'autre part*, la législation puise ses sources dans l'idée de solidarité, laquelle offre le fondement de la naissance d'une obligation à la charge de ceux qui acceptent le don. D'où, par exemple, le renoncement du tiers donneur à faire établir sa paternité ou sa maternité selon les cas.

---

<sup>70</sup> J.-R. Binet, La loi relative à la bioéthique, Com. de la loi du 6 août 2004, *Dr. Fam.* 2004, spéc. 1<sup>ère</sup> partie oct. 2004, p. 6, v. du même auteur : *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 6 août 2004*, Litec, 2005, n° 98 ; *La réforme de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Lexisnexis, 2012, n° 154 et La bioéthique à l'épreuve du temps, *JCP éd. G.* 2011, 846, pp. 1410-1411.

<sup>71</sup> Loi n° 94-653 du 29 juill. 1994.

<sup>72</sup> Dont les principes n'ont pas été modifiés par les législations ultérieures, V. art. 16 et s. du Code civil.

<sup>73</sup> G. Raoul-Cormeil, Une analyse contractuelle du don de gamètes, in *Le don de gamètes, op. cit.*, pp. 25-46.

<sup>74</sup> C. civ., art. 1134 ; mod. ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 : art. 1103 nouveau du Code civil.

<sup>75</sup> Selon l'expression de l'article 1128 ancien du Code civil, supprimé par l'ordonnance précitée du 10 février 2016. Le concept de chose « dans » et « hors le commerce » est néanmoins encore consacré dans le domaine de la vente, à l'article 1598 du même code.

<sup>76</sup> C. civ., art. 6 rapp. art. 311-20 du même code.

<sup>77</sup> Un « enfant conventionnel », selon l'expression de J. Hauser, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.* 1996, chr. p. 182.

<sup>78</sup> En la matière, la Cour EDH laisse aux Etats une marge souveraine d'appréciation : CEDH 3 nov. 2011, préc., v. M. Levinet, Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *La libre disponibilité du corps humain*, J.-M. Larralde (sous la dir. de), Bruxelles, Nemesis & Bruylant, coll. Droit & Justice, t. 88, 2009, pp. 71-110.

La gratuité du don et l'anonymat du donneur font partie du système mis en place<sup>79</sup>. Ces principes jouent pour tous les dons de gamètes. En découlent des inconvénients<sup>80</sup>, des responsabilités<sup>81</sup>, des artifices<sup>82</sup> et diverses complications<sup>83</sup> – y compris pour l'enfant<sup>84</sup> – mais, au moins<sup>85</sup>, cette législation trouve sa cohérence dans une finalité d'ordre éthique ; elle permet de pallier des stérilités médicalement constatées.

L'anonymat est l'un des grands principes issus de la loi bioéthique de 1994<sup>86</sup>. Il encadre le don des éléments et produits du corps humain, notamment pour assurer la gratuité du don et éviter une relation ambiguë entre donneur et receveur<sup>87</sup>. En France,<sup>88</sup> la levée de l'anonymat est sanctionnée pénalement<sup>89</sup>. L'anonymat ne peut être levé qu'en cas de nécessité thérapeutique, cette dérogation ne concernant que les médecins<sup>90</sup>.

L'introduction de l'AMP dans notre droit, ainsi fondée sur le consentement et la solidarité, n'en a pas moins soulevé de nombreuses questions (lesquelles transparaissent au fil des lignes qui précèdent et dont un bon nombre n'ont pas encore été résolues<sup>91</sup>). La question du don de

---

<sup>79</sup> V. cpt : C. Labrusse-Riou, L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français, in *Le Droit, la médecine et l'être humain*, op. cit., pp. 81-108.

<sup>80</sup> Coût pour la société, inconvénients divers analysés dans *Le don de gamètes*, op. cit. Par exemple, le don d'ovocytes est beaucoup plus contraignant pour le donneur que le don de sperme. Les CECOS alertent en conséquence régulièrement les pouvoirs publics sur la carence en ovocyte. Il ne faut pas pour autant cacher à la donneuse les risques qu'elle prend : il y a une obligation d'information à la charge du corps médical qui le pratique. R. Frydman, L'assistance médicale à la procréation : aspects médicaux et pratiques, in *La liberté de la personne sur son corps*, P. Muzny (sous la dir. de), Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2010, pp. 37-64.

<sup>81</sup> J. Michaud, Don de gamètes : filiation et responsabilité médicale, in *Embryon, qui es-tu ?* VIIIème journée d'étude francophone, L'harmattan, 2001, pp. 29-39.

<sup>82</sup> G. David, La filiation gagnée par l'artifice, in *Mélanges Jean Michaud, Droit et Bioéthique, Les études hospitalières*, 2002, pp. 219-224. V. spéc., p. 22 : de nombreux médecins ont manifesté de la réticence face aux pratiques de PMA, même ainsi organisées dans un cadre éthique, parce qu'ils l'analysaient comme une atteinte aux assises du mariage et de la famille.

<sup>83</sup> Pour une illustration des complications juridiques, v. la requête d'une femme issue d'un don de gamètes qui demandait, au Centre de conservation des œufs et du sperme (CECOS), l'identité de son donneur et voulait savoir si son frère conçu de la même manière qu'elle était ou non issu du même donneur. Requête rejetée par le Tribunal administratif de Montreuil 4<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ch. Réun. le 14 juin 2012, n° 1009924, V. note A. Mirkovic, D. 2012, p. 1618.

<sup>84</sup> V. Par exemple : « Don de sperme : le secret a un effet délétère sur la santé psychologique des enfants », Le Monde, 20.10.2010. Et D. Mehl, *Enfants du don, Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Robert Laffont, coll. Le monde comme il va, 2007. Au regard des droits de l'enfant : P. Murat, L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif, LPA, 7 oct. 2010, n° 200, p. 17 et s.

<sup>85</sup> H. Gaumont-Prat, L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance, in *La liberté de la personne sur son corps*, P. Muzny (sous la dir. de), op. cit., pp. 65 à 76. V. encore : F. Terré, *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, 1987.

<sup>86</sup> V. pour une perspective au regard de l'évolution de la législation bioéthique : H. Gaumont-Prat, Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthique, *Dr. Fam.* 2001, chr. 2, pp. 11-16.

<sup>87</sup> C. Flavigny, Don de gamètes et psychologie, in *Le don de gamètes*, op. cit., pp. 47-52.

<sup>88</sup> F. Furkel, L'identification des donneurs de gamètes en RFA : un principe controversé aux effets dérangeants, in *Procréation médicalement assistée et anonymat, Panorama international*, B. Feuillet-Liger (sous la dir. de), éd. Bruylant, 2008, p. 103 et s.

<sup>89</sup> C. pén., art. L. 511-10.

<sup>90</sup> C. civ., art. 16-8 ; CSP, art. L. 1211-5.

<sup>91</sup> V. Sur les risques de déstructuration de l'ordre généalogique : C. Labrusse-Riou, Les procréations artificielles : un défi pour le droit, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud-Inserm, coll. « La fabrique du corps humain », pp. 65-76.

gamètes, en particulier, soulève des interrogations d'ordre anthropologique qu'il ne serait pas sérieux d'occulter et qui éprouvent la dimension biologique de la filiation.<sup>92</sup>

Le poids et le rôle du consentement en la matière sont ainsi fondés à l'origine sur la notion de solidarité, en lien avec le but thérapeutique<sup>93</sup> des méthodes de procréations artificielles. La terminologie d'assistance médicale à la procréation prend en l'occurrence tout son sens<sup>94</sup>. Les revendications actuelles conduisent beaucoup plus loin.

### § 3. La nécessité de clarifier le droit positif

Aujourd'hui, l'admission de la revendication d'un « droit à l'enfant » conduirait à reconnaître une créance contre l'Etat au profit de personnes qui ne peuvent avoir d'enfant ensemble, non pour des raisons médicales mais parce qu'ils sont du même sexe, ou bien célibataires. L'idée serait de fonder sur ce « droit à l'enfant » une obligation pour l'Etat d'assouplir les conditions légales requises pour accéder aux procréations artificielles jusque-là réservées aux stérilités médicalement constatées. Depuis la suppression de la différence de sexe par modification de la définition du moule juridique « mariage » (C. civ. art. 143 réd. L. 2013), situé au sein d'un titre<sup>95</sup> du Code civil placé avant la filiation (Titre VII), réforme ouvrant corrélativement expressément l'adoption aux couples de même sexe (C. civ. art. 6-1) et sous l'effet de certains leviers<sup>96</sup>, ces nouvelles revendications de « droit à l'enfant » sont difficiles à endiguer.

#### 1. Des contradictions et incohérences

En l'état actuel du droit français, il existe des contradictions et incohérences dues notamment à la fragilité des fondements<sup>97</sup> sur lesquels reposent les réformes récentes en la matière. En particulier, et dès lors que le législateur, validé sur ce point par le Conseil constitutionnel<sup>98</sup>, ouvre la filiation aux couples de personnes de même sexe, les interdictions – portées par notre Code de la santé publique en matière d'assistance médicale à la procréation (article L. 2141-2) et celles que fixe l'article 16-7 du Code civil s'agissant des maternités de substitution – perdent leur sens premier<sup>99</sup>, qui est d'abord de protéger la filiation de l'enfant.

---

<sup>92</sup> A. Mirkovic, Repenser le don de gamètes, in *Mélanges Michaud, op. cit.*, pp. 285-297.

<sup>93</sup> Il faut toutefois tenir compte en l'occurrence de ce que l'AMP ne poursuit pas, à proprement parler, un but thérapeutique dans la mesure où il ne s'agit pas de soigner la stérilité mais d'y pallier. Comme le relève Catherine Labrusse-Riou : « Il est évident pour tout le monde que la procréation par tiers donneur n'a rien à voir avec le don d'organe, de sang, de moelle ou autres produits. Non seulement parce que l'objectif n'est pas thérapeutique stricto sensu, qu'il concerne moins l'intégrité physique et la survie des protagonistes mais leur statut civil de filiation et de parenté, et que l'intérêt de l'enfant devrait primer l'intérêt des parents potentiels dont le désir n'est pas à lui seul une assurance de son bien-être ». V., également : C. Labrusse-Riou, L'anonymat du donneur : Etude critique du droit positif français, préc., pp. 81-108, spéc., p. 91.

<sup>94</sup> V. Glossaire.

<sup>95</sup> Titre V suivi d'un titre VI consacré au divorce.

<sup>96</sup> Analysés dans le cadre du présent rapport, *infra*.

<sup>97</sup> Argument d'« égalité » invoqué dans les motifs, v. *infra* pages 58 et s.

<sup>98</sup> C. const. DC, 17 mai 2013, n°2013-669, décision comportant toutefois une limitation de la portée de la loi, laquelle n'a pas été entendue : J. Roux, *Vox clamantis in deserto* - L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à « priver d'effet » le recours illicite à la PMA et à la GPA, *JCP éd. G.*, n°16, 20 avr. 2015, doct. 483.

<sup>99</sup> Dans la législation bioéthique, ces textes ont été clairement adoptés sur ce fondement (protéger la filiation), v. L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 et travaux préparatoires ; et v. not. les commentaires de J.-R. Binet, *loc. cit.*

Des conflits de filiation et corrélativement d'autorité parentale sont alors générés par la Loi et non plus endigués par le Droit comme auparavant. Par exemple, les avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014 penchent pour la validité de l'adoption par la conjointe de la mère de l'enfant né par IAD avec tiers donneur anonyme. En cas d'adoption plénière, l'enfant se trouve alors définitivement privé de père (caractère irrévocable de l'adoption), sauf à ce qu'une adoption simple par un homme vienne s'ajouter à l'adoption plénière qui aurait échoué.

*Quid* si l'enfant exerce une action en recherche de paternité sur le fondement de celles des dispositions du droit international directement applicables sur le territoire français (dont l'article 7° 1 de la CIDE) ? Ou encore, si les deux femmes se séparent, la filiation biologique ne prévaut pas sur le lien de filiation adoptive, si bien que l'enfant pourrait être confié à la conjointe de la mère qui a adopté l'enfant, au détriment de celle qui l'a porté. *Quid* si l'enfant souhaite habiter avec sa mère biologique et le revendique (l'action étant portée par cette dernière) devant la Cour européenne sur le fondement de son intérêt supérieur ? En cas de changement de sexe d'une personne qui se présente comme le père d'un enfant, *quid* si l'enfant cherche à faire établir, y compris en droit français interne, la maternité de la femme transsexuelle qui a accouché de lui ? etc.

Outre les nouveaux cas de multi-parenté qui pourraient progresser par ce canal, les conflits à venir s'annoncent houleux. Que dire de règles qui, sans aucune réflexion de fond<sup>100</sup>, placent un enfant dans de telles situations<sup>101</sup> ? Que penser de propositions doctrinales qui qualifient de mythe le principe d'indisponibilité de l'état<sup>102</sup> lorsqu'il est avéré que le Droit joue ici son rôle protecteur de la filiation de l'enfant ?

La réflexion normative est compliquée par l'évolution de certaines législations et du décalage qui apparaît corrélativement entre les pays dans le Monde sur le sujet<sup>103</sup>. Même si les interdits demeurent très largement majoritaires, l'appréhension des nouvelles techniques, procédés et accès à la filiation oscille entre interdits et autorisations, selon les systèmes de droit. De telle sorte, que, depuis quelques années, inspiré par un *law shopping* accompli en fraude à la loi française, un « tourisme procréatif » (encouragé par les difficultés que suscite l'adoption) s'est développé : assistance médicale à la procréation et gestation pour le compte d'autrui deviennent des voies privilégiées dans la recherche de législations avantageuses.

La France fait partie des pays qui permettent mais limitent strictement l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Il résulte de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés. Un bon nombre de pays dans le Monde n'envisagent ni l'accès à l'assistance médicale à la procréation, ni les effets de telles pratiques en présence d'un élément d'extranéité, la filiation de l'enfant découlant juridiquement exclusivement du mariage. Quelques pays, en Europe, ouvrent en revanche l'AMP aux femmes seules et aux couples de personnes de même sexe (v. *infra*<sup>104</sup>).

---

<sup>100</sup> L'étude d'impact pour L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 n'y consacre aucune réflexion.

<sup>101</sup> G. Choisel, D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction, réflexions sur l'étendue des conséquences juridiques de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, *loc. cit.*

<sup>102</sup> A.-M. Leroyer, La filiation des enfants nés par GPA au regard du droit français, in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde-représentations, encadrements et pratiques*, colloque Paris 17-18 nov. 2016.

<sup>103</sup> V. Notamment, le dossier *Autour de la gestation pour autrui*, in *Les cahiers de la justice*, 2016/2, *Rev. Trimestrielle de l'Ecole nationale de la magistrature*, éd. Dalloz.

<sup>104</sup> Sur le droit comparé, v. pages 146 et s.

S'agissant de la gestation pour le compte d'autrui, la France pose également un principe clair. Selon l'article 16-7 du Code civil français : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Dans d'autres pays<sup>105</sup>, il arrive que la gestation pour le compte d'autrui soit autorisée, avec ou sans<sup>106</sup> compensation financière.

Des analyses de droit comparé et de droit international privé s'imposent donc. Le domaine de la recherche est vaste.

## 2. Les limites du cadre de l'étude

Pour mieux maîtriser une recherche, proposée par la Mission Droit et Justice du Ministère de la Justice, ambitieuse par son ampleur mais d'actualité, la réflexion sera menée dans certaines limites, dont le choix est éclairé par les propos introductifs qui précèdent, ci-dessous précisées :

« **Droit à l'enfant** ». L'expression de « droit à l'enfant » recouvre en l'occurrence une revendication concernant d'abord les cas dans lesquels « l'offre d'enfant » répond à une « demande » qui ne vient pas pallier une stérilité médicalement constatée<sup>107</sup>, plus largement une « demande » émise par des personnes ne remplissant pas toutes les conditions légales pour accéder à l'AMP : celle des célibataires, de couples de personnes de même sexe, de couples trop âgés, ... La question du « « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde » sera abordée sous cet angle précis. L'adoption ne sera pas abordée dans sa globalité car le sujet tourne avant tout autour du « tourisme procréatif » (« en France et dans le monde »). Il ne sera donc question de l'adoption que dans la mesure où celle-ci permettrait aujourd'hui l'établissement d'un lien de filiation *post* « tourisme procréatif ». Tous les cas de gestation pour le compte d'autrui (GPA) seront en revanche abordés dans le domaine de l'étude, ainsi précisé, pour la simple raison que c'est alors le procédé considéré comme « palliatif » qui pose question en tant que tel (v. *infra*).

« **Situations de droit à l'enfant** ». Pour cette étude et tenant compte de la délimitation réalisée dans l'appel d'offres lancé par la Mission de recherche Droit et Justice, l'expression « droit à l'enfant » recouvre les cas suivants :

- L'établissement de la filiation de l'enfant à la suite d'une convention de gestation par personne interposée dite GPA ;
- L'adoption par des couples de personnes de même sexe ;
- L'adoption par une personne seule ;
- L'adoption de l'enfant du conjoint par une personne de même sexe ;

---

<sup>105</sup> Pour une étude d'ensemble, v. F. Granet-Lambrechts, La gestation pour autrui dans les législations européennes, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille, op. cit.*, pp. 181- 203.

<sup>106</sup> Le Royaume-Uni, le Brésil et la Grèce autorisent la maternité pour autrui « à des fins exclusivement altruistes », *ibidem*.

<sup>107</sup> *La maternité face au marché*, colloque 3 déc. 2014, M.-A. Frison-Roche et M.-J. Bonnet (sous la dir. scientifique de). Dans ce colloque, Sylviane Agacinski (notamment) explique la rupture anthropologique que constitue la pratique des conventions de maternité de substitution. La femme est traitée comme du matériel, un moyen d'obtenir un enfant, dont tous les droits sont déniés, puisqu'il a le statut d'une chose, planifiée, choisie sur catalogue. L'auteur souligne que jamais l'Occident n'a admis la licéité de telles pratiques, qui n'ont jamais valu normes : en effet, la norme est que les êtres humains sont des personnes, et à ce titre le droit les institue comme étant des Êtres indisponibles. V. *infra* pages 55 et s. Et aussi : C. Brunetti-Pons, Le développement du tourisme procréatif, porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère, Dossier « Autour de la gestation pour autrui », in *Les cahiers de la justice*, préc.

- La question, au regard de la filiation de l'enfant, de l'« assistance médicale à la procréation » (AMP) pour des couples de femmes, de l'AMP pour des personnes seules et de l'AMP pour des couples de sexes différents au moment de la demande mais dont l'un (ou les deux, le cas échéant) a subi une opération de conversion sexuelle.

Ces hypothèses seront visées dans la suite des développements et selon les besoins de la démonstration sous l'expression : « situations de droit à l'enfant ». La recherche est axée sur la mise à jour des données et des difficultés d'ordre juridique soulevées par ces évolutions. L'analyse du droit français est combinée avec une recherche de droit comparé.

Une analyse scientifique du sujet suppose tout d'abord de s'entendre sur le sens des mots utilisés.

La terminologie sera clarifiée dans le cadre d'une première partie consacrée à : *L'émergence de situations de « droit à l'enfant »* (Partie I). Les données factuelles et de droit comparé y seront corrélativement recensées et analysées. Puis, dans une seconde partie, sera abordé le cœur du rapport : *Le « droit à l'enfant » et la filiation : quel statut juridique pour l'enfant ?* (Partie II). Il s'agira en l'occurrence de mettre à jour et analyser les règles qui permettent, dans le contexte dégagé dans la première partie et sous l'éclairage des normes internationales et supérieures tout en resituant la question dans le cadre de la hiérarchie des normes en présence et d'éventuels conflits de lois, d'accorder à l'enfant un statut juridique répondant aux exigences de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Enfin, seront évaluées *Les conséquences : quel impact sur l'être humain, l'enfant, les familles et la société ?* (Partie III), des solutions, réformes et mesures ne pouvant être adoptées en ce domaine sans une pesée sérieuse et rigoureuse des conséquences des évolutions du juridique sur l'humain, l'enfant, les familles et la société.



**PARTIE I.**

**L'ÉMERGENCE DE SITUATIONS DE « DROIT A  
L'ENFANT » : QUELLES DONNÉES ?**

La recherche, planifiée sur deux ans, s'est d'abord traduite par une collecte de données, puis par leur analyse. Des investigations, enquêtes, interviews (de magistrats, avocats et médecins), inventaires, recoupements, se sont succédés. Les situations de « droit à l'enfant » ont été recensées, puis analysées (Chapitre I).

Sous l'angle du droit comparé, des tableaux ont été élaborés à partir de questionnaires envoyés à nos correspondants à l'étranger (v. Rapport intermédiaire et annexes), d'enquêtes, d'analyse de documents d'ores et déjà établis en la matière et de recherches sur les bases de données des centres associés à l'étude. Dans le cadre de la collecte de données menée de janvier 2015 à janvier 2017, il aura été intéressant de combiner les informations de droit comparé avec les retours de prise de contact avec nos correspondants (avocats, universitaires<sup>108</sup>) ou avec des centres de recherche étrangers, puis de les croiser avec les analyses des différentes législations et décisions judiciaires<sup>109</sup> (Chapitre II).

## Chapitre I. L'inventaire et l'analyse des situations de « droit à l'enfant »<sup>110</sup>

### Section préliminaire. Réflexions liminaires à propos de la terminologie juridique

*« Aujourd'hui les mots sont remplacés par des acronymes tels que FIV, OGM, PMA ou GPA<sup>111</sup>. Les mots, sans lesquels aucune pensée ne peut s'exprimer, se dérobent. La parole est comme emmurée dans des lettres insignifiantes seules. La pensée s'anéantit. »<sup>112</sup>*

Les interrogations que soulève le sujet ici posé – « Le droit à l'enfant et la filiation » – doivent être abordées en mettant de côté les *mots* qui ne reflètent pas la réalité et en leur préférant l'usage de *termes*<sup>113</sup> appropriés, avec suffisamment de rigueur pour placer ou replacer chaque élément du sujet à sa juste place<sup>114</sup>.

<sup>108</sup> V. Liste des personnes associées à la recherche, en tête de rapport.

<sup>109</sup> V. Les tableaux en annexe.

<sup>110</sup> La collecte des données factuelles a été réalisée en utilisant les méthodes développées dans la note méthodologique validée par la Mission Droit et Justice du Ministère de la Justice. Les modes de recueil des données pour la recherche analytique reposent, notamment, sur l'association à la recherche de centres déjà équipés et organisés.

<sup>111</sup> A. Mirkovic, « PMA-GPA : derrière les sigles, la réalité », in *Mélanges en l'honneur de X. Martin*, LGDJ, 2015, pp. 295-303.

<sup>112</sup> C. Moiroud, La reproduction de la vie et les institutions, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 41-59, spéc., p. 46.

<sup>113</sup> Du lat. *muttum*, mot, grognement, *muttire*, grogner, murmurer, le mot désigne le vocable d'utilisation habituelle tandis que le terme s'entend du vocable qu'il convient d'utiliser pour désigner la chose dont on parle. E. Littré (*Dictionnaire*, v° « mot », in synonymes) souligne d'ailleurs que « À l'idée de mot, terme ajoute l'idée de convenance au sujet dont on parle : La pureté du langage dépend des mots ; la précision du langage dépend des termes ». De même, Laveaux affirmait que « L'usage décide des mots, la convenance avec les choses fait la bonté des termes, le tour fait le mérite de l'expression ».

<sup>114</sup> C. Labrusse-Riou, Faire naître : Ordre ou chaos du droit ? Corps écrit, « Naître », n° 21, 1987.

La terminologie juridique apparaît antécédente à toute réflexion de fond et doit être strictement fixée, le cas échéant, sans égard pour les mots habituellement employés dès lors qu'ils ne traduisent pas exactement la réalité. Il est par conséquent de la responsabilité du Législateur de les choisir avec la plus grande justesse. Le choix de termes appropriés – qui décrivent exactement sans les trahir et avec neutralité les réalités qu'ils entendent recouvrir – est le premier pas vers une réflexion sereine, telle que doit toujours l'être celle qui préside à la genèse d'une nouvelle législation en droit des personnes et de la famille. Comme le souligne l'introduction générale, en instituant « le mariage pour tous »<sup>115</sup>, la loi du 17 mai 2013 a déclenché par un effet domino la question du « droit à l'enfant ». Depuis lors, les dérives observées s'expriment à travers la terminologie employée et invitent à préciser et/ou renouveler celle-ci pour davantage d'exactitude.

La terminologie en appelle au choix des termes... La terminologie *juridique* en appelle au choix des termes *juridiques*.

Les termes sont tantôt des *mots isolés*, tantôt des *mots associés*. Pour les premiers, qui présentent un sens<sup>116</sup> dans leur solitude, et lorsque du moins la loi n'en a pas déjà figé l'acception, le recours à *l'étymologie*<sup>117</sup> suffit à comprendre l'origine et le sens générique du mot. Pour les seconds, qui résultent du mariage de plusieurs mots (mot composé ou expression), le recours à la *sémantique* sera indispensable pour expliciter le signifié<sup>118</sup>.

Sur la question du « droit à l'enfant », des *mots* existent déjà. L'usage les a répandus sans se préoccuper de leur exactitude et sans avoir égard à leur neutralité, indispensable en la matière. Il est donc nécessaire d'aborder, d'une part *la pertinence des mots utilisés* (les mots d'usage courant<sup>119</sup> comme les mots d'usage confidentiel<sup>120</sup>) afin de s'assurer à la fois de leur exactitude<sup>121</sup> et de leur neutralité<sup>122</sup> et, d'autre part envisager le cas échéant *la nécessité de termes à créer* afin de désigner toutes les dimensions des pratiques analysées.

Dans le prolongement du chapitre préliminaire consacré à la terminologie juridique, il convient de commencer par mettre en perspective les situations de « droit à l'enfant » (section I), de façon à clarifier les raisonnements mis en œuvre, avant d'analyser les pratiques recensées (section III).

Une approche sociologique permet de situer celles-ci dans la société (section II).

---

<sup>115</sup> De ce point de vue, le slogan de « mariage pour tous » pose problème au regard de la terminologie utilisée qui élude la question des conditions d'accès au mariage et qui, donc, est trompeuse. Un processus législatif qui repose sur un habillage de communication déformant le contexte même de la problématique (puisque'il s'agissait de supprimer une condition essentielle du mariage) soulève en l'occurrence des questions. L'accent sera mis toutefois dans la suite des développements sur le choix des mots utilisés dans les pratiques de « droit à l'enfant », au sens délimité dans l'introduction générale.

<sup>116</sup> Ou plusieurs (on les qualifie alors de polysémiques).

<sup>117</sup> Littré : « 1° Doctrine de la dérivation des mots par rapport à leurs racines, et de leur composition par rapport à leurs simples. Les règles de l'étymologie ; 2° Dérivation d'un mot par rapport à un autre qui est dit la racine. Rechercher, donner l'étymologie d'un mot ».

<sup>118</sup> C'est typiquement le cas dans les expressions « droit à l'enfant » ; « droits de l'enfant », etc.

<sup>119</sup> Ex. : mère porteuse par exemple.

<sup>120</sup> Soit que leur usage se soit perdu, soit qu'il peine à sortir de l'enclot de spécialité des savants qui l'utilisent.

<sup>121</sup> Afin de respecter l'exigence d'exactitude, (et ne pas proposer une vision partielle), on tentera d'embrasser la totalité des réalités possibles. Le vocabulaire « globalisant » sera par conséquent banni au profit d'un vocabulaire décrivant les éléments constitutifs, le cas échéant cumulatifs.

<sup>122</sup> Afin de respecter l'exigence de neutralité, (et ne pas proposer une vision partielle), on écartera tout terme présentant une connotation ou méliorative, ou péjorative.

## Section I. La mise en perspective des situations de « droit à l'enfant »

Sans chercher à être exhaustif, il s'agit, dans le cadre de la présente section, de mettre en lumière quelques illustrations représentatives des modes de construction des situations de « droit à l'enfant ».

L'objectif poursuivi est, d'une part, l'analyse des outils juridiques et conceptuels sur lesquels reposent les situations de « droit à l'enfant » (§ 1) et, d'autre part, la mise à jour des concepts-clef qui s'opposent en la matière et obscurcissent l'expertise (§ 2), puis, *in fine*, l'analyse des obstacles propres aux nouvelles revendications de ce « droit à l'enfant » (§ 3).

### § 1. L'analyse des outils juridiques et conceptuels sollicités dans les situations de « droit à l'enfant »

#### Prolégomènes

La question de l'encadrement juridique de l'aide médicale à la procréation et de la gestation par personne interposée n'a été posée officiellement en France qu'au début des années 1990, dans le cadre de la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. A cette occasion, le législateur a proclamé, aux articles 16 et suivants du Code civil, les principes directeurs à respecter en ce domaine. A cette époque, cela s'est traduit, pour la gestation pour autrui, par une interdiction absolue. Cette prohibition s'est cristallisée autour de l'insertion, dans le Code civil, d'un nouvel article 16-7 selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »<sup>123</sup>. A l'inverse, l'assistance médicale à la procréation a été admise, mais a fait l'objet d'une attention particulière. Ainsi a-t-il fixé, de manière stricte, les conditions dans lesquelles le recours à l'assistance médicale à la procréation est autorisé. Selon l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, cette pratique n'est ouverte qu'aux seuls couples constitués d'un homme et d'une femme toujours vivants au moment de l'acte.

Le profond et puissant désir d'enfant<sup>124</sup> qui s'est, peu à peu, transcendé en « droit à l'enfant »<sup>125</sup> a poussé certaines personnes à se tourner vers d'autres Etats aux législations plus permissives<sup>126</sup>, source de ce que l'on appelle aujourd'hui le « tourisme procréatif »<sup>127</sup>. Si le

---

<sup>123</sup> Règle d'ordre public, C. civ., art. 16-9.

<sup>124</sup> V. A. Mirkovic, Le désir d'enfant contrarié. La gestation pour autrui, *RLDC*, nov. 2010, n° 76, pp. 95-97.

<sup>125</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Cinquième République*, Flammarion, 1996.

<sup>126</sup> V. *infra*. Chapitre II du Titre I. Voir également I. Corpart, La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères, *Dr. famille*, 2015, n° 11, étude 14, spéc. n° 7, p. 9.

<sup>127</sup> J.-J. Lemouland, Le tourisme procréatif, *LPA.*, 2001, p. 84, n° 62. D'autres auteurs évoquent, notamment, un phénomène d'« externalisation et [de] délocalisation de la fabrication des enfants » (J. Hauser, *RTD. civ.*, 2011, p. 340) ou de « délocalisation procréative » (J. Mouly, La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? *D.*, 2014, p. 2419). Sur l'acceptation de la notion dans le cadre du présent rapport, V. l'introduction générale. A titre de rappel, cette expression recouvre les situations dans lesquelles des ressortissants français se rendent à l'étranger dans l'unique but d'obtenir un enfant en ayant recours à des pratiques exclues (la gestation pour autrui) ou, à tout le moins, plus strictement conditionnées (la procréation médicalement assistée) en droit français. En ce sens, I. Corpart, *ibid.*, spéc. n° 40 et s., p. 14.

phénomène est resté relativement marginal jusqu'au début des années 2000, il s'est, dès 2008-2009, largement amplifié<sup>128</sup>.

Dans ce contexte, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a profondément modifié le contenu de notre ordre public familial et, en particulier, la notion de « *couple parental* »<sup>129</sup>. A l'époque, l'impact de ce texte sur le développement de situation de « droit à l'enfant » et sur le « *tourisme procréatif* » a été sous-évalué<sup>130</sup>. Immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, s'est posée la question de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes<sup>131</sup> et de la légalisation de la gestation pour le compte d'autrui. Actuellement, l'importance du phénomène est telle que le droit, national et international, paraît incapable de l'endiguer<sup>132</sup>. Pour le droit français, le constat a été officiellement réalisé dans un rapport d'information remis à la Commission des lois le 17 février 2016. Les rédacteurs du document ont en effet mis en évidence que : « *les interdits structurants édictés par le droit national [étaient] mis à l'épreuve du fait accompli et [que] le juge [était] sommé de faire produire des effets, dans l'ordre juridique français, à des situations créées à l'étranger en contradiction avec le droit national* »<sup>133</sup>. Les décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires *Mennesson et Labassée*<sup>134</sup> ou celles de la Cour de cassation du 3 juillet 2015<sup>135</sup> viennent l'illustrer.

**Assistance médicale à la procréation et gestation pour le compte d'autrui.** L'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui sont souvent associées. Pour les partisans de cette pratique, celle-ci ne serait qu'une technique de procréation médicalement assistée parmi d'autres. En réalité, cette assimilation est erronée. En effet, la finalité de l'assistance médicale à la procréation est de *soigner* une stérilité médicalement constatée. A terme, si le processus est un succès, elle institue une filiation similaire à la filiation biologique, ce qui suppose la vraisemblance. Concrètement, cela se traduit par une ouverture étroite de la procréation médicalement assistée. Par exemple, seuls les couples composés d'un homme et d'une femme, mariés ou en concubinage stable, peuvent avoir accès à l'assistance médicale à la procréation<sup>136</sup>. Par ailleurs, ils doivent encore être en âge de procréer, ce qui suppose un âge maximal d'accès<sup>137</sup>. Enfin, au regard de l'interdiction du double don posée par le premier alinéa de l'article L. 2141-3 du Code de la santé publique, l'un des deux membres du couple, au moins, doit être en mesure de fournir ses gamètes<sup>138</sup>.

<sup>128</sup> Cf. Interviews réalisés pendant la recherche.

<sup>129</sup> C. Brunetti-Pons, Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère de l'enfant ? *RLDC*, n° 112, fév. 2014, pp. 84-90.

<sup>130</sup> Il convient toutefois de préciser que cette absence de réflexion sous cet angle a été observée dans les débats parlementaires et les discours officiels, mais que des articles de doctrine et des mouvements populaires anticipaient d'ores et déjà la probabilité d'un développement exponentiel de l'AMP et de la gestation par personne interposée.

<sup>131</sup> V. encore, la proposition de loi modifiant l'article L 2141-2 du Code de la santé publique relatif à l'assistance médicale à la procréation, enregistrée à la Présidence du Sénat le 18 octobre 2016, n° 43.

<sup>132</sup> C. Brunetti-Pons, Le développement du tourisme procréatif, porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? *loc. cit.*

<sup>133</sup> Rapport d'information de M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca sur « *l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui* », remis à la Commission des lois au Sénat le 17 février 2016.

<sup>134</sup> CEDH, 26 juin 2014 - affaires C-65192/11 (*Mennesson c/ France*) et C-65941/11 (*Labassée c/France*). V. encore CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, req. n° 9063/14 et 10410/14 ; CEDH 19 janv. 2017, aff. 44024/13, *Laborie c/ France*.

<sup>135</sup> A.P., 3 juillet 2015 - Pourvoi n° 14-21.323 et n° 15-50.002. Arrêts publiés au bulletin.

<sup>136</sup> V. Les pratiques d'assistance médicale à la procréation, *infra pages 104 et s.*

<sup>137</sup> CSP, art. L. 2141-2, al. 2.

<sup>138</sup> La prohibition du double don de gamètes n'exclut pas le don d'embryon à un autre couple que celui qui est à l'origine de la fécondation dont il est fait mention aux articles L. 2141-4 et s. du Code de la santé publique.

A l'inverse, la gestation par personne interposée repose sur un arrangement sociétal. Si les techniques utilisées sont identiques à celles mises en œuvre dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, elles sont toutefois détournées de leur utilité première. Quelle que soit l'identité de l'initiateur (un célibataire, un couple composé d'un homme et d'une femme ou de deux personnes de même sexe), ces techniques n'ont pas, à proprement parler, pour finalité de remédier à une infertilité médicalement constatée. Par définition, lorsqu'il y a gestation pour autrui, aucun des demandeurs n'a vocation à porter l'enfant à naître, ce qui signifie qu'aucun d'entre eux n'est appelé à subir le traitement médical destiné à permettre la grossesse<sup>139</sup>.

**Adoption et gestation pour le compte d'autrui.** Dans le même ordre d'idées, un rapprochement – ou, plus exactement, une tentative de rapprochement – entre la gestation pour autrui et l'adoption est fréquemment proposé. A cet effet, deux arguments sont avancés. D'une part, l'adoption n'est jamais totalement gratuite. Entre les frais d'avocat, le prix du transport à l'étranger (lorsque l'adoption est de type international), les dons ou contributions faits aux orphelinats, le coût est vite substantiel. Il y aurait donc de l'hypocrisie à évoquer la marchandisation du corps humain dans un cas et à l'exclure dans l'autre. D'autre part, la légalisation de la gestation pour le compte d'autrui servirait l'intérêt de l'enfant qui bénéficierait alors, à l'égard de ses parents d'intention, d'une filiation stable, de la même manière que l'enfant adopté dans sa famille adoptive.

Toutefois, un tel argumentaire occulte d'autres arguments juridiques qu'il est indispensable de prendre en compte. D'une part, si l'adoption - notamment les adoptions internationales - peut avoir un coût, ce coût ne peut en aucun cas être assimilé à une contrepartie au transfert de l'enfant ou à une rémunération de sa mère biologique. D'autre part – et surtout – la gestation pour autrui a pour but la mise au monde de l'enfant à la demande du couple « commanditaire ». L'intérêt de l'enfant ne peut donc pas être invoqué à ce stade. Dans l'adoption, la question de l'intérêt de l'enfant se situe en amont, c'est-à-dire avant son éventuelle adoption : l'enfant, déjà né, a, en l'occurrence, besoin d'une famille permanente de substitution ; dans la gestation par personne interposée, la question de l'intérêt de l'enfant se situe en aval, après que la gestation a eu lieu. Autrement dit, l'adoption est une institution fondée sur l'intérêt de l'enfant tandis que la gestation pour autrui est une pratique établie dans l'intérêt des initiateurs.

En ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, la loi du 17 mai 2013 a cherché dans l'adoption un fondement juridique aux revendications de « *droit à l'enfant* », s'émancipant ainsi du but initial (protéger l'enfant) de l'institution.

Lorsqu'interfèrent des troubles de l'identité sexuée, les problématiques sont encore plus complexes<sup>140</sup>.

Il s'agit avant tout dans ce paragraphe d'analyser les outils juridiques et conceptuels nouveaux<sup>141</sup> sollicités dans les situations de « droit à l'enfant ». On les recensera au travers de trois cas : le premier confrontera « droit à l'enfant<sup>142</sup> » et recours à la procréation médicalement

---

<sup>139</sup> Ce qui signifie que la gestation par personne interposée n'est pas un traitement médical.

<sup>140</sup> V. *Infra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 137 et s.

<sup>141</sup> L'institution de l'adoption, par exemple, ne sera pas analysée même si des situations de « droit à l'enfant » sont construites juridiquement par ce canal. L'analyse portera sur les outils et concepts qui ont permis à l'adoption de jouer ce nouveau rôle, en rupture avec la finalité de l'institution.

<sup>142</sup> L'institution de l'adoption, par exemple, ne sera pas analysée même si des situations de « droit à l'enfant » sont construites juridiquement par ce canal. L'analyse portera sur les outils et concepts qui ont permis à l'adoption de jouer ce nouveau rôle, en rupture avec la finalité de l'institution.

assistée (A) ; le deuxième confrontera « droit à l'enfant » et recours à la gestation pour autrui (B) et le troisième confrontera « droit à l'enfant » et transsexualisme (C).

## A. Premier cas : « Droit à l'enfant » et PMA

Afin de d'identifier toutes les hypothèses de PMA (avec ou sans GPA), l'on peut dresser le schéma général suivant : celle dans laquelle une personne de sexe masculin (A) et une personne de sexe féminin (B) apportent leurs gamètes, tandis qu'une autre (C), accueille et abrite, en son ventre, durant la gestation, l'œuf ainsi produit et qu'une quatrième encore (D) entend élever dès la naissance l'enfant (E) ainsi engendré, le cas échéant, avec sa compagne ou son compagnon (F).

On y ajoutera les éventuels médecins (G), Hôpitaux (H) et les intermédiaires (I) aux rôles divers. Dans cette projection, la complexité des situations a été développée à l'extrême afin de rendre compte du cas théorique faisant intervenir le plus d'acteurs. Mais dans la plupart des cas, l'une des personnes endossera au moins deux rôles.

Ainsi, si B peut effectivement être différent de C (cas d'une GPA sollicitée par une femme B qui ne désire pas porter l'enfant), il pourra également être une même personne (cas d'une GPA sollicitée par un homme A afin de fonder une filiation au profit de lui et son compagnon F).

De même, il se peut que B, C et D soient 3 rôles joués par un même acteur (ex. : cas d'une AMP demandée par une femme BCD avec insémination en provenance d'un tiers donneur A, afin de fonder une filiation au profit d'elle et sa compagne F).

L'assistance médicale est une réalité pour toute naissance, que la grossesse ait été produite par assistance médicale à la procréation (AMP) ou par procréation naturelle<sup>143</sup>. Dans tous les cas, le calendrier est soigneusement calculé et, lorsque la date approche le père se tient prêt<sup>144</sup>, même la nuit, la clef de la voiture dans la main et le pantalon aux pieds du lit, prêt à réagir à la formule fatidique : « chéri, je crois bien que je perds les eaux... ». Toute grossesse fait généralement l'objet d'un suivi médical, et la naissance consécutive reçoit l'assistance médicale qui lui assure de réduire les risques de complications.

A l'instar de la GPA, l'AMP est une variété d'assistance médicale<sup>145</sup>.

La GPA regroupe une grande variété de cas de figure. Tantôt un gamète mâle sera seul inséré. Tantôt c'est un ovule entier qui sera déposé dans le ventre de la gestatrice. Mais dans tous les cas de GPA, une femme aura porté un bébé « pour une autre ».

Nul doute que toute GPA figure un cas d'PMA *lato sensu* dès lors que la gestatrice aura reçu davantage que des gamètes mâles. On comprend en effet que, contrairement à une insémination, l'introduction d'un œuf déjà fécondé dans le ventre d'une gestatrice n'est pas naturelle et suppose par conséquent nécessairement une intervention médicale. Le cas particulier de GPA sera abordé dans un second temps (deuxième cas analysé, *infra*).

---

<sup>143</sup> Il n'est guère que telle mère en quête d'un bébé zen, sorti du liquide amniotique pour rentrer directement dans l'eau d'une piscine et arriver à la vie comme un poisson dans l'eau, pour prétendre rester loin des soins hospitaliers et de l'assistance des blouses blanches.

<sup>144</sup> Lorsqu'il est présent.

<sup>145</sup> V. *Infra* glossaire.

On observe que le vocabulaire manque pour désigner tous les cas d'intervention médicale dont la finalité est de permettre à un demandeur de procréer *sans le recours à une gestatrice*. C'est ce que nous nommerons PMA *stricto sensu*. Le plus petit commun dénominateur de ces hypothèses suppose donc que la gestatrice soit, *en fait et « en intention »*, la mère de l'enfant.

### **Diversité des hypothèses de « droit à l'enfant » dans ce contexte :**

Symétriquement, la variabilité des hypothèses réside dans l'identité des donneurs de gamètes mâles ou femelles<sup>146</sup>. Or, si la mère recourt à une donneuse de gamète femelle, ce sera *généralement* parce que les siennes ne sont pas prégnantes (en ce cas, la PMA présente une finalité médicale qui la valide).

Plus rarement, la donneuse de gamète femelle sera la compagne de la gestatrice et l'une et l'autre désireront par-là concevoir ensemble (avec le matériau de l'une et le ventre de l'autre) le fruit de leur amour (la PMA n'a pas alors de finalité médicale). C'est une situation qui pose juridiquement difficulté car, s'agissant d'un couple de femmes, les gamètes mâles proviendront nécessairement d'un tiers donneur (homme) auquel leur accord refusera<sup>147</sup> – sinon la qualité du moins – le statut de père (c'est-à-dire l'ensemble des droits et obligations qui accompagnent cette qualité).

Le problème se pose en l'occurrence de savoir quelles en sont les répercussions sur la construction des enfants. Or, sous cet angle, les études sociologiques<sup>148</sup> ne sont pas pertinentes : une étude des situations ne permet pas de rendre compte de la santé psychologique des enfants mis en situation. Il faut, pour en apprécier les répercussions sur un enfant, non pas une photographie mais un suivi sérieux de cohortes, organisé sur un nombre d'années suffisants et suivant des paramètres rigoureusement définis au préalable<sup>149</sup>. Le temps de notre recherche ne permettait pas de l'organiser. En revanche, une revue et analyse de la littérature existante a été réalisée dans la troisième partie du rapport. Par ailleurs, il existe d'ores et déjà des connaissances scientifiques mettant à jour les processus nécessaires à la construction psychique de l'enfant. Celles-ci sont approfondies dans la troisième partie de l'étude<sup>150</sup>. Il existe enfin également des études révélant la surmorbidity des enfants élevés par une personne seule ou dans des situations atypiques<sup>151</sup>. Sous cet angle, la photographie sociologique d'une situation rendant

---

<sup>146</sup> Sur la validité du don de gamètes, art. 29 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 et décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes, *J.O.* 15 oct. 2015, p. 19108.

<sup>147</sup> Ou prétendra refuser pourvu que le législateur sache faire preuve de fermeté...

<sup>148</sup> Approfondies dans le cadre du présent rapport pour l'analyse des situations qu'elles offrent, V. *Infra* Partie I, Chapitre I, Section III. Une approche sociologique des conséquences des évolutions analysées est en outre développée *infra* Partie III, Chapitre préliminaire. L'approche sociologique ne permet pas toutefois de présenter des conclusions sur le terrain de la construction des enfants. Seules des études sur cohortes organisées sur 20 ou 30 ans, en tenant compte de paramètres sérieux, permettraient de dégager des pistes. Toutefois, de telles études ne pouvaient être mises en œuvre dans le cadre de notre recherche organisée sur deux ans. S'agissant de la construction des enfants, n'ont donc été retenues dans la note méthodologique, par souci de rigueur qu'une étude sur les retombées d'ordre psychique menée sur le fondement de connaissances éprouvées (Partie III, Chapitre I, Section I) et une revue de littérature recensant à l'échelle mondiale puis analysant les études empiriques publiées, retenues pour leur sérieux au vu des paramètres, critères et méthode : approche empirique de nature à mettre en évidence les facteurs de risque (Partie III, Chapitre I, Section II).

<sup>149</sup> V. La note méthodologique rédigée pour la présente recherche et validée par la Mission Droit et Justice du Ministère de la Justice.

<sup>150</sup> La présente recherche en offre une, approfondie, V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section I, pages 306 et s.

<sup>151</sup> P. Lévy-Soussan, Filiation, sexualité et construction psychique : nature et culture, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité, Approche pluridisciplinaire, op. cit.*, pp. 85-99. L'auteur se réfère aux cas d'échecs d'adoption recensés dans ses services, spéc. p. 87.



compte par exemple du sourire d'une enfant à l'instant *t* ne renvoie qu'une description faussée de la situation réelle dans son rapport au temps<sup>152</sup>. D'où l'irrecevabilité, au plan scientifique, d'arguments reposant sur une audition<sup>153</sup> ou une « photographie » de situations atypique.

La situation, d'ailleurs, ne serait pas moins porteuse de difficultés dans l'hypothèse où la convention prétendrait accorder un certain statut au père. Le recul manque à une prise de position quant à l'équilibre d'un enfant qui aurait trois « parents »<sup>154</sup>. Certes, la situation peut sembler proche de celle engendrée par l'adoption simple mais ne l'est pas d'un point de vue psychique. En outre, il y a lieu de relever, au plan juridique, la particularité qu'en cas d'adoption la filiation est « compensatrice » (puisqu'elle est établie par ordre de la loi et tend à réparer un désordre préexistant), tandis qu'au cas de PMA la situation est sciemment voulue à un moment où l'enfant n'est, par hypothèse, pas encore conçu et par conséquent pas demandeur<sup>155</sup>. L'initiative de donner la vie, dans ce cas, n'est absolument pas indolore pour celui qui naît ainsi sans racine connue<sup>156</sup>. Or, la loi ne doit certainement pas créer des situations dangereuses pour la construction d'un enfant. Son rôle est tout inverse : il s'agit de protéger l'enfant : et elle assume parfaitement ce rôle, tant dans l'adoption, que dans la PMA, telle du moins qu'elle est réglementée aujourd'hui. La consécration juridique d'un « droit à l'enfant »<sup>157</sup> irait beaucoup plus loin et heurterait indéniablement la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la construction normative, quelle que soit la situation envisagée dans le cas étudié, autrement dit que l'anonymat du tiers donneur soit ou non exigé. La levée de l'anonymat, par ailleurs, aurait des répercussions sur l'assimilation par l'enfant de sa famille dans le cas d'une AMP ne consacrant pas un droit à l'enfant, *stricto sensu*, autrement dit dans l'hypothèse d'une AMP compensant une stérilité médicalement constatée.

## Conclusion :

Lorsque la PMA n'est pas validée par une finalité médicale, il est revendiqué que l'ordre juridique accepte de consacrer « un droit à l'enfant ». L'intérêt supérieur de l'enfant ne serait alors pris en compte à aucun moment du processus de « fabrication »<sup>158</sup> puisque la défense des intérêts d'une personne suppose que celle-ci soit née, pour justifier notamment des droits pécuniaires que seul l'établissement d'un lien de filiation permet de générer. En ces cas de PMA envisagés ci-dessus, les « désirants-parentalité » revendiquent un enfant sur mesure qu'ils demandent à la Science médicale de construire avec des matériaux qu'ils choisissent et dont ils attendent de l'Ordre juridique qu'il leur attribue la filiation.

---

<sup>152</sup> En ce sens, notamment : P. Lévy-Soussan, Filiation, sexualité et construction psychique : nature et culture, *loc. cit. Ibidem*. L'auteur adresse ce reproche aux sociologues et aux anthropologues « aveugles à la logique psychique inconsciente, en particulier sexuelle, à l'œuvre dans les montages filiatifs occidentaux », *loc. cit.* p. 87.

<sup>153</sup> Sans compter que l'audition, *a fortiori* l'exhibition, d'enfants qui se trouvent dans une situation atypique est de nature à perturber l'enfant.

<sup>154</sup> V. *Infra* glossaire.

<sup>155</sup> V. *Supra*, prolégomènes, page 28.

<sup>156</sup> Sur la souffrance de ceux qui sont nés d'un don anonyme, CE 12 nov. 2015, n° 372121, Lebon ; *AJDA* 2015. 2175 ; *D.* 2015. 2382 ; *AJ fam.* 2015. 639, obs. A. Dionisi-Peyrusse. Comp., Cass. 1ère civ., 13 nov. 2014, n° 13-21.018, *D.* 2015. 1070, note H. Fulchiron ; *ibid.* 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2015. 54, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2015. 103, obs. J. Hauser.

<sup>157</sup> Tel que défini *supra*, introduction générale, p. 23 et 24.

<sup>158</sup> On rechigne à parler de « conception » en ce cas. V. glossaire.

Ce faisant, il est demandé à l'Ordre juridique d'autoriser la PMA – sinon bien souvent de simplement *prendre acte*<sup>159</sup> – aboutissant à la création d'existences morcelées entre plusieurs origines<sup>160</sup> dont la connaissance leur sera en partie ou totalement refusée, selon les cas. Et si on venait à la leur accorder, le mal ne serait-il d'ailleurs pas plus grand... ? On le voit, prenant prétexte que l'enfant n'existe pas encore, la PMA ne s'interroge pas sur l'intérêt de l'enfant : seul compte en l'occurrence dans le raisonnement, tenu au stade de la « procréation »<sup>161</sup> : le *projet parental*<sup>162</sup>.

## B. Deuxième cas : « Droit à l'enfant » et GPA

L'analyse partira pour l'instant de l'hypothèse suivante : celle dans laquelle une personne de sexe masculin (A) et une personne de sexe féminin (B) apportent leurs gamètes, tandis qu'une autre (C) accueille et abrite durant la gestation l'œuf ainsi produit et qu'une quatrième encore (D) entend élever dès la naissance l'enfant (E) ainsi engendré.

On y ajoutera les éventuels médecins (F), Hôpitaux (H) et les intermédiaires (I) aux rôles divers.

**Quant à la pertinence des mots (ou expressions) utilisés en premier lieu**, elle fait défaut tant au regard de *l'opération envisagée* qu'au regard de *la personne qui l'envisage*.

En ce qui concerne *l'opération envisagée d'abord*, les termes sont nombreux et proviennent souvent du vocabulaire scientifique (GPA, AMP, IA, FIV, ICSI, Don de gamètes, ...). Quant à ceux que la pratique a greffé sur ces réalités de laboratoire, il importe qu'ils soient neutres et désignent exactement la réalité qu'ils sont censés décrire.

Sur l'exactitude des termes utilisés, d'une part, l'exemple de l'expression « assistance médicale à la procréation » paraît topique. Car, si « *procréation* » (du lat. *procreare*, de *pro*, pour et *creare*, créer) suppose certes le but d'engendrer, le mot « médical » (du lat. « qui appartient à la médecine », qui est « propre à guérir ») suppose que cette intervention ait pour *but de guérir*, c'est-à-dire de « *délivrer de maladie, faire revenir en santé* » (Littré, sens 1). Ainsi, si l'on entend ouvrir « assistance médicale à la procréation » à une patientèle dont l'impossibilité à engendrer ne résulte pas d'une maladie mais d'un état physiologique, le terme médical induit en erreur et, donc, ne convient pas. *Greffer des ailes à un humain est certainement scientifique mais ce n'est pas médical*.

Par ailleurs, l'assistance médicale à la procréation (AMP) met en scène trois mères possibles : celle qui donne ses gamètes, que l'on nomme *tiers-donneur* (B), celle qui accouche que l'on a appelé *gestatrice* (C) et celle qui n'a aucun lien biologique avec l'enfant mais qui recourt à l'AMP pour procréer que l'on nomme *initiatrice* (D).

---

<sup>159</sup> Lorsque l'enfant a été conçu à l'étranger, dans le cadre d'un *law shopping* inacceptable dès lors qu'il est accompli en fraude à la loi française.

<sup>160</sup> Nous utilisons ici « plusieurs » dans le sens retenu par le Code civil, c'est-à-dire plus de deux. Sur cette question, H. Fulchiron et J. Sosson (dir.), *Parenté, Filiation, Origines, Le droit à l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2014.

<sup>161</sup> V. ce mot *in* glossaire.

<sup>162</sup> V. ce mot *in* glossaire.

Sur la neutralité des termes utilisés, d'autre part, l'exemple de l'expression « gestation pour autrui » est révélateur. Car, insidieusement, lorsque la bouche prononce « *gestation pour autrui* », l'oreille entend « pour autrui » (à l'instar de la stipulation pour autrui). On retrouve d'ailleurs également cette terminologie dans le mandat, dont on connaît le caractère en principe gratuit (C. civ., art. 1986). L'appellation « gestation pour autrui » est donc construite pour inhérer à l'auditeur l'idée d'un acte de bienveillance et d'altruisme qui, au cas particulier pourtant, ne correspondra que très rarement à la réalité<sup>163</sup>.

En ce qui concerne **la personne qui envisage de recourir à l'opération envisagée (procédé de type GPA) ensuite**, les termes doivent également être utilisés *exactement* et doivent être *neutres*. *A priori* deux termes se font concurrence : d'un côté celui de « mère d'intention » ; de l'autre celui de « commanditaire ». Il est question de « *parents d'intention* » pour fonder la filiation envers des enfants qui ne sont pas rattachés juridiquement à leurs père et mère. Cela signifierait-il que l'intention du parent qui souhaite ainsi faire établir sa filiation d'« intention » à l'égard de l'enfant suffise juridiquement à l'élimination de l'un des parents « biologique » de l'enfant<sup>164</sup>, voire des deux ? En droit français de la famille, spécialement en droit de l'adoption, des règles strictes<sup>165</sup> sont fixées non seulement pour tenir compte de l'intérêt de l'enfant mais aussi pour garantir le respect des droits de la famille d'origine de ce dernier. Par ailleurs, la plupart des enfants dont la filiation est établie à l'égard de leurs parents par le sang sont également « intentionnels ». Est-il aujourd'hui concevable de rendre l'intention nécessaire pour légitimer une filiation ? Qu'arriverait-il juridiquement aux enfants qui ne sont pas « désirés » ? En poussant ce raisonnement à l'extrême, faudrait-il par exemple, pour satisfaire sur ce point l'égalité entre l'homme et la femme (l'accouchement sous le secret étant possible), permettre à l'homme de refuser sa paternité<sup>166</sup> ? Ce n'est pas actuellement le cas, dans l'intérêt de l'enfant, y compris à l'égard de la mère, l'accouchement sous le secret n'étant plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité. L'expression « parent d'intention » ne permet pas en conséquence de rendre compte avec justesse du droit positif ; elle ne sera toutefois pour autant pas systématiquement écartée. Dans le cadre de la mise en œuvre d'une convention de maternité de substitution, il est parfois proposé l'expression « *parent commanditaire* » pour un parent qui voudrait l'être sans être un parent biologique mais qui ne l'est pas encore, puis celle de « *parent d'intention* », une fois que l'inscription sur l'acte de naissance a érigé cette personne en parent légal de l'enfant.

Sur le terrain de l'exactitude d'une part, quel qu'en puisse être l'emploi dans la langue française et l'envie d'y recourir, le terme *commanditaire* désigne le « membre d'une société en commandite qui, apporteur de capitaux, seul ou avec d'autres commanditaires, est exclu de la gestion, n'a pas la qualité de commerçant et n'est tenu des dettes sociales que dans la limite de son apport »<sup>167</sup>. Sauf le fait que (D) « apporte » les capitaux et prétend recueillir le fruit de l'opération, le fait qu'il prétende tant à la qualité de parent qu'à l'autorité (parentale)<sup>168</sup> qui en découle, de même que le fait qu'il doive également en supporter la responsabilité, conduit à

---

<sup>163</sup> Renvoi aux études des clauses contractuelles (présentes dans le rapport à propos des systèmes dans lesquels la GPA est licite) montrant que ce contrat est généralement à titre onéreux, *infra* Partie I, Chapitre II, Section II, § 3, pages 131 et s.

<sup>164</sup> C'est bien le cas du père d'origine dans le cas de l'AMP avec tiers donneur anonyme.

<sup>165</sup> Sous réserve des conséquences en la matière de la loi du 17 mai 2013.

<sup>166</sup> V. sur ce point : J. Hauser, Le couple sexué et le droit de la famille, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, op. cit., pp. 59-74, spéc., p. 69.

<sup>167</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique Capitant*, PUF, v° « commanditaire ».

<sup>168</sup> Qualité de parent et autorité parentale sont deux concepts différents (D. Bonnet, *Ma première année de capacité en droit*, Ellipses, p. 86 et s.).

observer que ce mot ne rend pas compte de toute l'histoire mais seulement de l'opération permettant d'initier la seconde phase de l'histoire. Ce mot ne peut donc être utilisé que pour rendre compte de la première phase de l'hypothèse approfondie. Il ne semble par conséquent pas souhaitable d'y avoir recours systématiquement pour désigner la personne qui prétend élever l'enfant et se voir reconnaître un lien de filiation avec lui (D). Il faut distinguer selon la phase (processus qui entoure la venue au monde de l'enfant/ situation de fait une fois l'enfant venu au monde) de l'hypothèse envisagée.

De même, sur le terrain de la neutralité d'autre part, il paraît souhaitable au stade actuel de la réflexion, de remplacer le terme « parent d'intention » par un terme qui n'utilise pas de référence à la parentalité car, en fait de parentalité et *a fortiori* de filiation, l'intention ne suffit pas. Cela se comprend d'autant mieux que l'intention est une photographie de la volonté à un moment donné et que la constance de la volonté est chose fragile, particulièrement lorsque le bébé qui naît ne correspond pas à celui dont on avait idée (enfant handicapé, etc.). Et si l'on se hasardait à garantir la conformité de l'enfant au désir de (D), on ferait peu de cas du sort de l'enfant ainsi créé si (D) venait à rétracter sa volonté.

On le voit, dans le terme de « parent d'intention », la qualité de parent est reconnue *a priori*, sans discussion préalable. Une étude visant à déterminer les tenants et les aboutissants de la reconnaissance d'un hypothétique « droit à l'enfant » ne peut partir d'un vocable que certains risqueraient de brandir comme un axiome.

**Quant à la nécessité de réfléchir à de nouveaux termes, en second lieu**, le manque de pertinence des mots (ou expressions) actuellement utilisés<sup>169</sup> y contraint.

En ce qui concerne *d'abord la dénomination de chacun des intervenants* à l'opération tendant à l'exercice d'un droit à l'enfant, il convient naturellement que chacun – en cas de dualité naturelle<sup>170</sup> comme en cas de dualité accidentelle<sup>171</sup> – se voie reconnaître une dénomination. Pour autant et parce que la procréation (du lat. *procreare*, de *pro*, pour et *creare*, créer, engendrer) peut faire intervenir jusque<sup>172</sup> cinq « procréateurs », il n'est pas souhaitable de leur reconnaître à tous la qualité de « parent ».

Parce que les deux premiers (A et B) apportent un fruit<sup>173</sup> de leur corps, on pourrait les désigner respectivement sous le vocable de « donneuse de gamète femelle » et de « donneur de gamètes mâle », dès lors du moins que cet abandon sera consenti à titre gratuit.

---

<sup>169</sup> Cf. *supra*.

<sup>170</sup> En l'absence d'hermaphrodisme dans le genre humain, A est toujours différent de B.

<sup>171</sup> Le mécanisme de reproduction naturel est celui dans lequel A, C et D sont une même personne. Mais, comme l'adoption par une personne de sexe féminin, le mécanisme de GPA aboutit à dissocier AC d'une part et D d'autre part.

<sup>172</sup> Parfois, la gestatrice fournira également le gamète femelle, parfois elle prétendra en outre conserver l'enfant à la naissance. En ce cas, sa qualité de mère ne saurait être contestée. Mais la difficulté se déplacera du terrain de la maternité à celui de la paternité dès lors qu'elle se sera fait inséminer par un homme auquel elle refusera le statut de père qu'elle réservera, le cas échéant, à sa propre compagne. Dans tous les couples homosexuels féminins, la question du statut du « donneur de gamètes mâles » se pose. Dans tous les couples homosexuels masculins, la question du statut de la gestatrice pose difficulté.

<sup>173</sup> Puisque, secrétés par le corps, ils ont vocation à se reconstituer (par opposition aux produits tels que le rein, le cœur, etc. dans l'acception juridique).

Parce que la troisième (C) porte l'œuf ainsi constitué, elle sera nommée « gestatrice »<sup>174</sup> (du latin *gestatrix*, « porteuse », dérivé de *gestare*, fréquentatif de *gerere*, porter) ou bien « femme gestante »<sup>175</sup> (du latin *gestans*, participe présent du verbe *gestō*, en gestation).

Parce que la quatrième (D), pétrie d'intention maternelle<sup>176</sup>, prend l'initiative d'une opération mise en œuvre à son seul profit, il faudra proposer un vocable par lequel transparaisent ces deux dimensions. Puisqu'elle est à la fois à l'initiative et qu'elle prétend en être la destination, est proposé dans le présent rapport le terme d'*initiatrice*<sup>177</sup> à la maternité.

Dans le cas où un recours à un médecin (E) serait requis afin de procéder à l'insémination<sup>178</sup>, une place devra lui être reconnue car son intervention n'est pas transparente. On objectera qu'il n'a pas vocation à être parent. Pourtant, le droit des biens reconnaît des droits – et des obligations – à celui qui a érigé un immeuble sur le terrain d'autrui, le cas échéant avec les matériaux d'un tiers. Or, il y a bien une similarité ici dans la mesure où, séparément, les gamètes mâles (de A) et femelles (de B) sont de nature mobilière (séparément, elles ne peuvent être assimilées à un enfant) et la prestation du médecin consiste notamment en une « installation » (dans le corps de C) dont découle la construction du fœtus puis de l'enfant... ce *muet*<sup>179</sup> de qui, justement, l'on n'a pas demandé l'avis.

En ce qui concerne ***ensuite la dénomination de l'opération elle-même***, là aussi, la diversité des situations impose une discrimination précise du vocabulaire autour de ses éléments constitutifs.

---

<sup>174</sup> Le terme semble être apparu au XIX<sup>ème</sup> siècle, sous la plume de MM. François Anselme Jaumes et Alphonse Jaumes, *Traité de pathologie et de thérapeutique générales*, 1869 : « Toutefois il reste à la mère, considérée en tant que gestatrice, un grand pouvoir d'assimilation sur le produit fait en commun avec le mari, à l'instant de la conception. ».

<sup>175</sup> Par exemple, Fr. Denis, *Les bactéries, champignons et parasites transmissibles de la mère à l'enfant*, 2004.

<sup>176</sup> L'intention maternelle est, avec l'intention paternelle, une variété d'intention parentale. De là le terme couramment utilisé de « projet parental » afin de désigner le but poursuivi. Dans cette expression, aucun des deux mots ne gêne individuellement (terminologie). Pourtant, il faut remarquer que leur union est révélatrice d'une approximation : l'expression est construite à partir du terme « projet » qui, comme dans les expressions « projet de vie » ou « projet immobilier », est entendu comme : « ce que l'on a l'intention de faire dans un avenir plus ou moins éloigné. » (Littré, sens 1. Il convient de s'arrêter sur la différence entre l'expression utilisée « projet parental » et celle qui n'est jamais utilisée « projet familial ». La famille (du latin *familia*, famille, *famulus*, serviteur, de *l'osque famel*, serviteur, à partir de *faama*, maison) est un tout qui englobe, qui marie, qui unit, l'un et l'autre parent ainsi que leur filiation. A l'inverse, la parentalité est une relation ; c'est une ligne et non une sphère. Et cette ligne pourrait le cas échéant n'intéresser qu'un être recherchant la création pour lui-même d'une filiation : dans le choix des moyens (adoption, insémination, etc.), l'intention, le désir, l'emporte et l'autre devient un outil habile à le satisfaire, l'autre (qui n'est plus nécessairement celui qu'on aime mais qui est celui dont le corps est nécessaire pour réaliser le projet), l'enfant (adoption, singulièrement par une personne célibataire) ou encore la médecine, le cas échéant.

<sup>177</sup> Néologisme construit à partir du lat. *initiatorem*, de *initiare*, initier (de *initium*, commencement) et du suffixe « aire » (du latin -arius ou -aris). Le suffixe (ici nominal et non adjectival) « aire » présente le double mérite de former le nom d'un agent à partir d'un verbe (ici initier) et de marquer que celui-ci reçoit ou est destiné à recevoir quelque chose (ici la maternité). Sur le modèle de nombreux autres (destinataire, bénéficiaire, mandataire, délégataire, commanditaire, etc.). De son côté, « à » marque la destination vers la maternité (dérivé du lat. *maternus*, maternel, qui vient de *mater*, mère) et donc l'intention de se voir reconnaître le statut juridique de mère.

<sup>178</sup> Tel est le cas, lorsque A et C sont des personnes différentes, mais également lorsque A et C étant la même personne, les gamètes de B lui sont injectées sans coût.

<sup>179</sup> Sur l'étymologie du mot enfant, du latin *infantem*, enfant, de *in*, non, et *fari*, parler, l'enfant désigne étymologiquement *celui qui ne parle pas*. La Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant de 1989 définit de manière plus précise le terme « enfant » : « [...] tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable » L'idée transmise, à travers cette définition et l'ensemble des textes de protection de l'enfance, est que l'enfant est un être humain avec des droits et une dignité.

Il faudra distinguer, d'une part, la variété des relations contractuelles fondamentales (en amont) : celles qui sont possibles entre les intervenants (exemple : entre A et B ; entre B et C ; entre B et E ; entre C et E ; entre D et E ; etc.) et celle qui est nécessaire (entre C et D).

Il faudra envisager, d'autre part, la variété des relations imposées à l'enfant par suite de l'opération (en aval) (nécessairement non contractuelles puisqu'elles sont subies par suite d'une décision qui est prise à un moment où il n'existe pas)... ainsi en va-t-il des relations que l'enfant entretient avec les personnes qui l'entourent à la naissance (entre l'enfant E et C ; entre l'enfant et D) et probablement aussi avec celles qui ont apporté leur matériel génétique (entre l'enfant et A ; entre l'enfant et B).

Il s'agit d'une question considérable de par son étendue. On se limitera ici et à ce stade à quelques mots sur la « relation (contractuelle) fondamentale nécessaire » : la relation entre C (*la gestatrice*) et D (*l'initiatrice de maternité*)<sup>180</sup>.

Cette relation présente la forme d'un *contrat* ou celle d'un *groupe de contrat*.

*Dans tous les cas où un accord de volontés sera intervenu entre C et D, il s'agira d'un contrat (y compris par le truchement d'un intermédiaire transparent, V. infra.).*

*Dans tous les cas où un intermédiaire (I) sera intervenu entre C et D, il s'agira d'une opération juridique matérialisée par un groupe de contrat*<sup>181</sup>. L'intermédiaire sera tantôt transparent (se bornant à mettre en relation ou à contracter avec l'une aux lieu et place de l'autre) tantôt une partie à part entière (contractant avec C d'une part et avec D d'autre part, afin d'obtenir de C un avantage qu'il prétend ensuite personnellement céder à D sous la forme d'un service). Dans tous les cas où l'intermédiaire (I) prétendra intervenir à titre onéreux, il faudra se demander quel est le contenu (l'objet) de son obligation et si celui-ci est licite (dans le commerce et conforme à l'ordre public).

Cette relation présente un double objet, au regard de l'hypothèse considérée :

*D'un côté la mise à disposition d'un ventre*<sup>182</sup>... (voire de gamètes lorsque B et C sont une même personne). Le vocabulaire juridique hésitera alors entre une variété de bail, une variété de travail ou de contrat d'entreprise... « Mise à disposition ». La qualification de « louage d'ouvrage », ou de « louage d'industrie », rend compte du contenu du contrat<sup>183</sup> mais pose question en ce qu'elle révèle clairement une atteinte à la dignité de la femme ; il en va de même pour la qualification de « contrat de travail » trouvant sa limite dans l'indisponibilité du corps humain (le corps humain en tant que tel ne peut faire l'objet d'un contrat, à la différence du service ou du travail qui est une prestation).

*D'un autre côté, au bout du fil de la gestation, il y a une aliénation...* et là encore on hésite car plusieurs contrats sont translatifs de propriété : contrats à titre gratuit (donation, don, don manuel, ... ?) ou bien contrat à titre onéreux (vente, ...). Mais comment, là encore, envisager un contrat translatif de propriété d'une personne future (qui pourrait faire l'objet de

---

<sup>180</sup> Selon le vocabulaire retenu plus haut.

<sup>181</sup> De type ensemble contractuel (plutôt que chaîne de contrats).

<sup>182</sup> La question du lieu de « fabrication » de l'enfant mériterait également d'être posée : il ne semble pas qu'une boîte aseptisée soit un meilleur lieu pour la gestation. Cf. Le Meilleur des Mondes (Aldous Huxley, *Brave New World*, 1931).

<sup>183</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section III, & 2 Les retombées des pratiques de gestation pour autrui, pages 331 et s.

convention ?) qui constituera incontestablement un enfant au moment de « la livraison » ? Utiliser un moule contractuel heurte alors le principe supérieur d'indisponibilité de la personne. Certes, il serait possible de simplifier juridiquement la qualification en n'y voyant qu'un contrat portant sur la filiation. Mais, là encore le moule juridique se heurte à un principe supérieur : l'indisponibilité de la filiation.

De bout en bout, on le voit, l'opération se heurte juridiquement au principe de l'indisponibilité du corps humain, de l'état civil, de la personne et de la filiation.

Le vocabulaire proposé dans l'hypothèse approfondie pourrait être : « *gestation par personne interposée* »<sup>184</sup>. La formule a pour elle d'écarter le « pour autrui » excessivement teinté d'une connotation altruiste peu conforme à la réalité<sup>185</sup>. Malheureusement, elle présente deux défauts majeurs.

En premier lieu, juridiquement, « l'interposition de personne » désigne la situation dans laquelle une personne apparaît comme partie à un acte ou comme titulaire d'un droit, alors que, dans la réalité, la place contractuelle ou le droit appartient à une autre (laquelle désire demeurer inconnue des tiers). On le voit, dans cette situation, la personne interposée n'est pas le contractant et n'est pas le titulaire des droits qui en découlent. Par conséquent, l'utilisation de l'expression « *gestation par personne interposée* » impliquerait que l'initiatrice (mère d'intention) soit considérée comme seule véritable gestatrice, avec les effets qui lui sont attachés (maternité). Or, si c'est bien là le désir de l'initiatrice (« mère » d'intention), ce n'est ni la réalité physiologique durant la grossesse ni, surtout, la *réalité* juridique. En effet, dans les systèmes qui ne prohibent pas la pratique, la gestatrice se voit généralement reconnaître *in limine* le statut de *mère* et le conserve très souvent *in fine*<sup>186</sup>.

En deuxième lieu, la terminologie employée exige que l'accent soit suffisamment mis sur la maternité de la « mère porteuse ». Car, quel que soit le droit des Etats étudiés, celle qui accouche après avoir porté (*gestatrice*) est juridiquement mère. De son côté, l'initiatrice (« mère » d'intention) ne devient mère à l'état civil qu'après un jugement ou une inscription à l'état civil rendant compte, dans l'Etat considéré, de la validité de la convention de mère porteuse.

En conséquence, l'expression de « convention de mère porteuse », quoique moins juridique, sera ici retenue. De même, la « mère porteuse » sera indifféremment nommée *mère gestatrice* ou *mère gestante*<sup>187</sup>.

Enfin, le sigle GPA est suffisamment couramment utilisé à l'heure actuelle pour ne pas être totalement abandonné en dépit des réserves émises sur la justesse des mots auxquels il renvoie et sur l'utilisation de sigles. Il suffira d'utiliser fréquemment l'expression de « gestation pour autrui » et de « convention de mère porteuse », dans la suite des développements, pour qu'une certaine justesse transparaisse des écrits.

---

<sup>184</sup> V. Glossaire.

<sup>185</sup> V. *Infra*, Partie I, Chapitre II, Section II, pages 124 et s.

<sup>186</sup> V. Le panorama des législations et jurisprudences dans le monde, Partie I, Chapitre III, pages 146 et s.

<sup>187</sup> Dans tous les cas, il y a bien une « gestatrice » (sur la qualité de mère de laquelle le mot ne se prononce pas) ; généralement cette gestatrice est juridiquement mère (le mot *gestatrice* ne le nie pas), parfois non. Enfin, au contraire de « gestatrice », « gestante » ne peut être utilisé seul ; on peut dire « actrice » mais on dira « personne agissante ». Rapp. *infra* pages 355 et s.

## Conclusion :

Sont donc préconisés en la matière :

- Conventions de gestation pour le compte d'autrui
- Gestation pour le compte d'autrui
- Initiataire à la maternité
- Mère gestatrice, mère gestante  
et, selon les cas : gestatrice

Sont déconseillés en la matière :

- Mère de substitution
- Maternité de substitution

Ne sont pas déconseillés :

- Convention de gestation par personne interposée
- Convention de location d'uterus
- Mère porteuse
- Convention de mère porteuse
- Mère d'intention
- Couple commanditaire

Lorsqu'interfèrent des troubles de l'identité sexuée les problématiques sont encore plus complexes, ainsi qu'il va être exposé à présent.

## C. Troisième cas : « Droit à l'enfant » et transsexualisme

**Transsexualisme<sup>188</sup> ou dysphorie de genre<sup>189</sup>.** Pour les rédacteurs du DSM 5<sup>190</sup> (manuel de l'Association de Psychiatrie Américaine), la non-conformité du sentiment d'appartenance sexuée au sexe morphologique de naissance ne constitue pas, en soi, un trouble mental. Elle ne devient pathologique que lorsqu'elle est associée à une souffrance cliniquement avérée. Pour la caractérisation du « syndrome » du transsexualisme, le DSM 5 ajoute les critères suivants : il doit exister un décalage entre le sexe vécu et exprimé par le sujet et celui qui lui est attribué par les autres pendant plus de 6 mois ; le désir d'appartenir à un autre sexe doit être présent et explicite depuis l'enfance ; il doit en résulter une détresse significative ou un dysfonctionnement dans les domaines importants de la vie. Ce trouble se manifeste de multiples façons<sup>191</sup>, notamment par le désir d'être traité comme l'autre sexe, d'être débarrassé d'une caractéristique sexuelle perçue comme étrangère à soi, ou la conviction inébranlable que l'on ressent et réagit comme l'autre sexe.

---

<sup>188</sup> Le terme de « transsexualisme » apparaît en 1953, lorsque le sexologue américain Harry Benjamin le distingue de l'homosexualité. Cette pathologie se caractérise par la conviction intime d'appartenir à un autre sexe que le sien et le désir d'en changer. Il ne concerne pas les cas d'anomalies ou d'ambiguïté sexuelle. En France, en 1979, est établi le premier protocole français de changement de sexe par les Professeurs Breton, psychiatre et René Küss, urologue

<sup>189</sup> Pour une analyse complète, V. G. Raoul-Cormeil, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation », in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit., pp.101-134.

<sup>190</sup> Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux.

<sup>191</sup> Colloque *Bonheur ou malheur d'être fille ou garçon*, FIAP Jean Monnet, avec K. J. Zucker, 30 janvier 2015, Société française de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent. Organisé par le Dr Colette Chiland.



Le DSM 5 considère le diagnostic médical comme nécessaire dès lors qu'il entraîne de nombreux traitements hormonaux, éventuellement chirurgicaux et une intervention judiciaire relative à l'état civil. Dans les milieux nord-américains, le transsexualisme, qualifié de dysphorie de genre, ce terme étant considéré comme moins péjoratif que celui de transsexuel, correspond toujours actuellement à une pathologie mentale (DSM 5). Toutefois, certains auteurs (Judith Butler ou le groupe de travail sur la classification des troubles sexuels et de la santé sexuelle -CIM<sup>192</sup>- de l'OMS<sup>193</sup>, notamment) demandent la suppression du transsexualisme de la liste des maladies mentales.

D'autres médecins estiment que « *ces critères très généraux sont susceptibles de correspondre à des troubles différents et ne permettent pas une prise en charge médicale adaptée* »<sup>194</sup>. Ils refusent en conséquence les traitements actuellement administrés<sup>195</sup> en présence de tels troubles<sup>196</sup>.

**Transsexualisme et absence de modification de l'identité corporelle.** Il est établi, du point de vue scientifique, que l'identité corporelle n'est pas modifiée par les traitements<sup>197</sup>. Selon l'Académie de médecine, « *les personnes transsexuelles sont demandeuses (le raisonnement est ici inversé : le médecin ne propose pas de soigner mais répond à la demande) de traitements hormonaux et chirurgicaux pour harmoniser leur corps avec l'identité de leur personne que ce soit dans son apparence ou dans certaines de ses fonctions comme la voix, les activités sexuelles ou la miction. Si les résultats de ces traitements sont souvent spectaculaires et peuvent contribuer à créer une harmonie entre l'état du corps et l'identité de la personne, ils ne changent pas l'identité corporelle. Chaque cellule du corps reste sexuée en fonction des chromosomes qu'elle contient et le corps peut conserver des fonctions et des dysfonctionnements qui sont discordants de ceux correspondants à l'identité de la personne. C'est ainsi par exemple qu'une femme transsexuelle (H/F) pourra développer une tumeur de la prostate. Il persistera donc toujours une discordance entre l'identité de la personne et l'identité corporelle* ».

La notion de demande est ici prégnante comme dans le cas de la maternité de substitution ; une demande à laquelle « répondent » les médecins. La question des interdits au regard des pratiques médicales se pose donc en l'occurrence avec une actualité particulière, sans compter son corollaire en matière de responsabilité médicale.

En conséquence, le sexe de naissance est le sexe de procréation dès lors qu'aucune intervention irréversible -cas de tous les traitements d'hormonothérapie- n'a altéré la fécondité. L'ablation chirurgicale des organes de la reproduction reste la seule hypothèse dans laquelle la stérilité du transsexuel est certaine. Pratiquée sans motif thérapeutique, elle constitue une infraction : « L'atteinte volontaire à l'intégrité physique de la personne » (C. pén., art 222-1 et s.)

---

<sup>192</sup> Proposition de déclassification des catégories de maladies liées à l'orientation sexuelle dans la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* (CIM-11).

<sup>193</sup> Bulletin de l'Organisation Mondiale de la Santé : <http://www.who.int/bulletin/volumes/92/9/14-135541-ab/fr/>=Réf

<sup>194</sup> <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0014385515000079> ; Du transsexualisme à la dysphorie de genre : regroupement ou amalgame, *L'Évolution Psychiatrique*, Volume 80, Issue 2, pp. 331-348 J.-B. Marchand, E. Pelladeau, Fr. Pommier.

<sup>195</sup> Le Docteur Lévy-Soussan considère que la question doit être traitée sur le terrain psychique, sauf le cas d'intersexuation, qui est très particulier et ne peut être assimilé ou confondu avec le syndrome de transsexualisme. Le Docteur Chiland invite de son côté à faire attention en effet au sens des mots et regrette que ce sujet médical ait aujourd'hui des implications au plan juridique.

<sup>196</sup> *Le transsexualisme : une catégorie nosographique obsolète*, A. Alessandrin, S.F.S.P./ Santé Publique 2012/3 Vol.24, pp. 263-268, <http://www.cairn.info/revue-sante-publique-2012-3-page-263.htm>

<sup>197</sup> C. Chiland, *Changer de sexe : illusion et réalité*, éd. Odile Jacob, 2011.

susceptible d'être pénalement poursuivie. De plus, les principes du droit français, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et les Conventions Internationales interdisent de subordonner la modification de la mention du sexe sur les documents officiels à des traitements irréversibles entraînant la stérilité.

En 2006, un manifeste intitulé « Principes de Yogyakarta »<sup>198</sup>, présenté au Conseil des droits de l'homme de l'ONU<sup>199</sup>, affirmait qu' « *en dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées* » ajoutant que « *personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale*<sup>200</sup> de son identité de genre »<sup>201</sup>. Les principes de Jogjakarta ont été développés lors d'une réunion à l'Université Gadjah Mada sur Java les 6-9 novembre 2006. Le document final contient 29 principes et des recommandations. Ces principes n'ont pas toutefois été adoptés par les Etats dans un traité, et ne sont donc pas juridiquement contraignants en eux-mêmes, non pas en ce qu'ils posent le principe selon lequel il est interdit de subordonner la modification de la mention du sexe sur les documents officiels à des traitements irréversibles entraînant la stérilité puisque les textes précités le consacrent d'ores et déjà, mais en ce qu'ils cherchent notamment à introduire le concept discuté de droit à l'identité sexuelle ou de genre, avec ses corollaires. Ce droit et ces principes n'ont jamais été acceptés en tant que tels par les Nations Unies ; les tentatives visant à ériger l'identité de genre et l'orientation sexuelle, alors reliée au concept d'identité de genre, en nouvelles catégories de non-discrimination n'ont été qu'indirectement abordées par l'Assemblée générale, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies et d'autres organes de l'ONU<sup>202</sup>.

Transsexualisme n'est donc pas synonyme de stérilité. Par conséquent, la capacité de reproduction naturelle peut rester intacte tandis que l'apparence sociale et les documents officiels d'identité indiqueront une appartenance sexuée différente de la filiation légale. Un enfant pourra être né d'une femme ayant l'apparence et l'état civil modifié d'un homme, ou d'un homme ayant l'apparence et l'état civil modifié d'une femme.

C'est ici précisément que réside la principale incidence du trouble dit aussi « transgenre » (utilisé dans les pays anglo-saxons de préférence au terme transsexualité désormais historiquement daté mais qui se révèle scientifiquement plus fiable que le mot « transgenre » qui renvoie au genre) sur le « droit à l'enfant » et la filiation.

Or, la loi du 18 novembre 2016 a considérablement assoupli la définition du transsexualisme

---

<sup>198</sup> Les Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, <http://www.yogyakartaprinciples.org>

<sup>199</sup> Mais n'ayant fait l'objet d'aucun traité.

<sup>200</sup> N'est pas toutefois alors abordée la question de savoir par quels moyens procéder à la reconnaissance légale d'une « identité de genre » - qui se superpose au sexe de naissance mentionné à l'état civil et ne s'y substitue pas.

<sup>201</sup> *The Yogyakarta principles*, <http://www.yogyakartaprinciples.org>.

<sup>202</sup> Organisation des Nations Unies. On note un changement de vocabulaire et de perspective à partir du rapport de New York (2010 A/65/41-Rapport du CRC AG-65<sup>ème</sup> session, suppl. n° 41) qui prend acte des questions de « coparentalité » et couples de même sexe ». Mais l'Assemblée Générale a alors renoncé à se prononcer en l'état de sa réflexion. Les revendications se présentent principalement par le canal du respect des droits de l'homme : par exemple, dans la Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 26 déc. 2014 (A/HRC/RES/27/32), le Conseil se déclare « *gravement préoccupé par les actes de violence et de discrimination commis, dans toutes les régions du monde, contre les personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre* ». La protection des personnes n'implique pas cependant, sur le terrain des droits de l'homme, la reconnaissance d'une « identité de genre » impactant l'état civil et, donc, la filiation. Sur l'instrumentalisation des droits de l'homme et le dépassement de mandat, v. *Infra* Partie II, Chapitre II, Section II, § 1 spéc., pages 257 et s.

ouvrant la possibilité d'un changement de sexe à l'état civil.

### **Définition juridique du transsexualisme.**

***Pour permettre une modification de la mention du sexe à l'état civil.*** Juridiquement, il a fallu définir le syndrome du transsexualisme qui permet d'obtenir une modification de l'état civil. Pendant longtemps, les éléments de cette définition ressortaient d'une analyse de la jurisprudence.

Désormais, la loi française les précise<sup>203</sup>. Le Code civil français se trouve ainsi modifié par la loi du 18 novembre 2016<sup>204</sup>. Un nouvel<sup>205</sup> article 61-5 dispose que « *Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :*

*1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ».*

Il faut relever que le changement le plus important ressort de la suppression du 4° -caractère pathologique de la demande de changement de sexe.

Ces nouvelles dispositions opèrent une rupture profonde avec la jurisprudence antérieure. La Cour de cassation a estimé dès 1992<sup>206</sup>, sous l'influence de la jurisprudence européenne<sup>207</sup> que : « *Le principe du respect de la vie privée justifie que l'état civil de la personne transsexuelle après traitement médico-chirurgical à but thérapeutique, en présence d'un syndrome du transsexualisme, lorsque la personne ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris l'apparence physique se rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social (...) indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ».* Puis, la haute cour a posé en 2012 comme conditions au changement de la mention du sexe sur l'acte de naissance de l'intéressé la réalité du syndrome transsexuel ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence, en ces termes : « *Pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant sur un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence »*<sup>208</sup>. L'opportunité d'une expertise judiciaire préalable est laissée à l'appréciation des juges. Par ailleurs, l'appréciation de la réalité du syndrome de transsexualisme au regard des certificats médicaux ainsi que du caractère irréversible du

---

<sup>203</sup> Avant l'adoption définitive au Palais Bourbon, V. pour l'Assemblée nationale, texte n° 792, adopté le 12 juill. 2016 ; RDS 2016, n° 74, p. 663, édito C. Lazerges, et p. 754 et s, obs. F. Vialla ; pour le Sénat : texte n° 186, modifié par le Sénat le 28 sept. 2016. Les deux chambres se sont surtout opposées sur la question de la « médicalisation ». Le Sénat souhaitait conserver une « médicalisation partielle » de la procédure tandis que les députés l'avaient supprimée. L'Assemblée nationale, *in fine*, a persisté dans la « démedicalisation » de la procédure (obs. F. Vialla D. 2016.1561), alors même que c'est de cette « démedicalisation » que résultent les plus graves conséquences analysées dans le présent rapport.

<sup>204</sup> Absente dans la rédaction initiale du projet de loi, la question du changement de sexe à l'état civil est apparue par voie d'amendement, V. obs. F. Vialla, D. 2016.1561, et dans le cadre d'une procédure accélérée.

<sup>205</sup> Sur l'analyse des nouvelles dispositions, V. F. Vialla, D. 2016. 2351 ; B. Moron-Puech, D. 2016. p. 2353.

<sup>206</sup> Ass.plén. 11 déc.1992, n°91-12.373, RTD civ.1993.97, obs. J. Hauser

<sup>207</sup> CEDH Affaire B.c/France 13343/87, Cour Plénière 25/03/1992.

<sup>208</sup> Cass.1<sup>ère</sup> civ.,7 juin 2012, Bull.civ.n°123 et 124, Gaz.Pal. 2012. 1444, note D. Sarcelet.

changement d'apparence relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fait<sup>209</sup>.

La jurisprudence récente avait confirmé ces critères<sup>210</sup>.

Relevons que la Cour d'Appel d'Orléans a consacré ces mêmes critères dans une espèce particulière<sup>211</sup> : elle a refusé, en l'occurrence, la demande de substitution de la mention « sexe neutre » ou « intersexe » à la mention « sexe masculin » car le juste équilibre entre la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public et le respect de la vie privée des personnes présentant une variation du développement sexuel conformément à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est respecté par la possibilité que « leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle, soit que soit modifié le sexe qui leur a été assigné, dès lors qu'il n'est pas en correspondance avec leur apparence physique et leur comportement social ». En l'espèce, le demandeur déclaré à la naissance de sexe masculin s'était marié en 1993, son épouse et lui avaient adopté un enfant ; la demande d'inscription de « sexe neutre » ou « intersexe » était « en contradiction avec son apparence physique et son comportement social »<sup>212</sup>. Il faut ici souligner que, dans le cadre de la présente recherche, les médecins interrogés ont souligné l'importance de ne pas confondre<sup>213</sup> intersexuation et transsexualisme<sup>214</sup>, approuvant les méthodes habituelles du droit consistant, avant les évolutions récentes, à ne prendre en compte que le cas d'intersexuation sur le terrain de l'état civil<sup>215</sup>, en confiant, dans certaines limites, le syndrome de transsexualisme au domaine médical<sup>216</sup>.

Les arrêts de la Cour européenne avaient apporté également des précisions. Dans la jurisprudence de la Cour européenne, la notion de « vie privée » recouvre l'intégrité physique et morale de la personne<sup>217</sup> et englobe tous les aspects de l'identité physique et sociale d'un individu<sup>218</sup>. Des éléments tels que l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention<sup>219</sup>. Le

---

<sup>209</sup> En l'espèce, le traitement hormonal et une mastectomie ne suffisaient pas à établir le caractère irréversible du changement de sexe, *ibidem* ; le demandeur, en outre, avait refusé l'expertise judiciaire. (FvH). Sur l'insécurité juridique qui en résultait, v. P. Reigné, *JCP éd. G.* 2011, 480. Certains auteurs souhaitaient en conséquence une intervention législative : obs. S. Paricard, *Dr. fam.* 2012, étude 2 ; et v. Dossier Transsexualisme et droit de la famille, *Dr. fam.* 2013, p. 34. Relevons ici que, dans la recherche réalisée, le docteur Chiland, spécialiste français du transsexualisme associée à la recherche et reconnue à l'échelle internationale, regrettait au contraire les interventions du législateur, soulignant que ces questions devaient absolument demeurer en dehors du droit : il s'agit de drames individuels, soulignait-elle, dont la société n'a pas à se saisir ou à évoquer par « voyeurisme ». L'état civil lui semblait au contraire une « boussole » pour les transsexuels. Le docteur Chiland regrettait en outre que les juristes abordent ces questions sans consulter les médecins et qu'elle-même avait beaucoup de mal à se faire entendre du législateur.

<sup>210</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 février 2013, n° 12-11.949, *Bull.civ.* n°13 et 14, obs. I. Gallmeister *D.* 2013, 499, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau *D.* 2013, 1089, obs. J. Galloux *D.* 2014, 843, obs. J. Hauser, *RTD civ.* 2013, 344 ; à rapprocher Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, pourvoi n°10-26.947, *Bull civ.* 2012, I, n°123 (rejet), et l'arrêt Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, pourvoi n°11-22.490, *Bull civ.* I. 2012, n°124 (rejet), et l'arrêt Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 février 2013, pourvoi n°11-14.515, *Bull. civ.* I, 2013, n°13 (rejet).

<sup>211</sup> V. obs. J. Hauser, *RTD civ.* 2016, 318, M.-X. Catto, *RDLF* 2016, chr. 18; P. Reigné, *D.* 2016, 1915 ; B. Moron-Puech, *D.* 2016, 904. Sur le jugement « reconnaissant le sexe neutre », V. TGI de Tours, 14 oct. 2015.

<sup>212</sup> Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, n°01/12345. Sur la question des expertises, cf. bibliographie.

<sup>213</sup> On relève ce type de confusion dans les analyses doctrinales, V. par exemple B. Moron-Puech, obs. préc. *D.* 2016, 2353.

<sup>214</sup> V. Glossaire médical du docteur Colette Chiland, préc.

<sup>215</sup> V. *Infra* Partie I, Chapitre II, Section III, *spéc.*, pages 139 et s.

<sup>216</sup> Docteur Colette Chiland.

<sup>217</sup> CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 22, série A n° 91.

<sup>218</sup> CEDH, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002 I

<sup>219</sup> CEDH *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A no 45, *B. c. France*, 25 mars 1992, § 63, série

transsexualisme est présenté dans cette jurisprudence comme un « état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées » ; la dignité et la liberté de l'homme étant l'essence de la convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti<sup>220</sup>. S'agissant de caractériser le syndrome de transsexualisme pour justifier une modification à l'état civil, la Cour européenne aperçoit, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, une rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, donc une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que la personne transsexuelle se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Toutefois, plusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'État défendeur. La Cour considère qu'elle n'a pas à lui indiquer le plus adéquat<sup>221</sup>, ce qu'elle a jugé dans des circonstances similaires<sup>222</sup>. L'affaire *Hämäläinen c/ Finlande*<sup>223</sup> montre que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation pour se mettre en conformité sur ce point avec la Convention<sup>224</sup>. Enfin, en ce qui concerne les conditions requises par un Etat pour autoriser le changement de sexe (ce qui est une question différente), l'arrêt rendu par la Cour européenne le 10 mars 2015 dans l'affaire *Y.Y. c/ Turquie*<sup>225</sup> estime que le refus d'autorisation de recourir à une opération de conversion sexuelle constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du transsexuel, la Turquie conditionnant cette autorisation judiciaire à la preuve de l'incapacité de procréer<sup>226</sup>. La Cour européenne vient de préciser que l'obligation, pour changer la mention du sexe à l'état civil, de subir une opération stérilisante ou entraînant une très forte probabilité de stérilité viole le droit au respect de la vie privée<sup>227</sup>.

***Au regard de la prise en charge par la sécurité sociale.*** Le transsexualisme est appréhendé comme une pathologie prise en charge complètement par la sécurité sociale au titre d'« affection de longue durée hors liste »<sup>228</sup> (et non plus d'ALD 23 « affection psychiatrique de longue durée »<sup>229</sup>). Même « hors liste » et classée non psychiatrique, elle reste une « affection » d'ordre médical.

Si le transsexualisme a été classé jusqu'à présent comme une « affection » par la Sécurité

---

A no 232-C, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A no 280B, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 71, Recueil des arrêts et décisions 1997, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, 71, CEDH 1999 VI.

<sup>220</sup> CEDH *Aff. C. Goodwin c/ R.U.*, 28957/95, Cour Grande Chambre, 11/07/2002.

<sup>221</sup> CEDH *Affaire B.c/France*, 13343/87, Cour Plénière 25/03/1992.

<sup>222</sup> CEDH Arrêts *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 25, par. 58, et *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 15, par. 26.

<sup>223</sup> CEDH *Affaire Hämäläinen c/ Finlande*, 37359/09, Grande Chambre, 16/07/2014.

<sup>224</sup> En l'espèce, « il n'est pas disproportionné de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique d'un changement de sexe que le mariage soit transformé en partenariat enregistré ».

<sup>225</sup> CEDH *Affaire Y.Y. C/ Turquie*, 14793/08, Cour 2<sup>ème</sup> Section, 10/03/2015.

<sup>226</sup> La Cour de Strasbourg « ne s'explique pas pourquoi l'incapacité de procréer d'une personne souhaitant se soumettre à une opération de changement de sexe devrait être établie avant même que ne soit engagé le processus physique de changement de sexe. ». C'est cette incohérence spécifique du droit interne turc qui a été sanctionnée. Pour la Cour, l'opération de changement de sexe impliquait-t-elle automatiquement l'incapacité de procréer ? Elle pose, en tout cas, la question de savoir si une personne transsexuelle peut réclamer une intervention chirurgicale de réassignation sexuelle en conservant sa pleine capacité de procréation cf. *infra* § stérilité, Partie 2 Chapitre 1 Section 2 Sous-section 3. Des auteurs considéraient depuis lors que la constatation médicale n'induisait plus une exigence de « réassignation » médico-chirurgicale et que cela laissait augurer des contentieux à venir, V. F. Violla, *D.* 2016, p. 2351, préc.

<sup>227</sup> CEDH, arrêt *AP, Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

<sup>228</sup> Décret du 8 février 2010, n° 2010-125, J.O. 10 février 2010. Ce décret a supprimé les « troubles précoces de l'identité de genre » de l'annexe à l'article D. 322-1 du Code de la sécurité sociale, relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée ».

<sup>229</sup> *Ibidem*.

sociale, cette qualification permettant la prise en charge complète des soins médicaux, qu'en sera-t-il après la loi du 18 novembre 2016 qui a fait disparaître la condition d'un diagnostic médical pour demander la modification de la mention du sexe à l'état civil ? Aux États-Unis ces soins ne sont pas remboursés. De plus, tous les soins et actes médicaux alors privés de motif thérapeutique engagent la responsabilité médicale pénale, civile, administrative, déontologique et disciplinaire du praticien.

**Sexe<sup>230</sup> et genre.** Dans les débats, la notion sociologique de « genre » a été, peu à peu, substituée au sexe morphologique, féminin ou masculin. La distinction entre sexe et genre a été remarquablement mise en lumière par le Docteur Colette Chiland, en ces termes : « La distinction entre sexe et genre est née sous la plume de John Money en 1955 quand il a parlé de « rôles de genre » à propos des intersexués qui peuvent se sentir appartenir au genre dans lequel ils ont été élevés sans qu'il soit leur sexe biologique. Puis, c'est Evelyn Hooker qui a parlé d'« identité de genre » dans sa correspondance avec John Money<sup>231</sup>. Et Stoller a écrit deux volumes intitulés « Sex and Gender » (1968, 1975). Le sexe est alors défini comme biologique ; le genre, comme psychologique et social.<sup>232</sup> ». Le docteur Colette Chiland, spécialiste internationalement reconnu du syndrome du transsexualisme, a recommandé de ne plus utiliser le mot « genre » dans les travaux scientifiques en raison des confusions qu'il induit avec le sexe et de son caractère non scientifique<sup>233</sup>. Il est regrettable que la loi du 18 novembre 2016 n'ait pas tenu compte de telles observations.

De plus, le sens prêté au mot « genre <sup>234</sup> » diffère selon les pays, révélant, entre autres, un décalage – voire une confusion extrême – entre les domaines juridique et sociologique. L'exposé liminaire du Conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine en témoigne : « *Le terme transsexuel en France ne s'applique qu'aux personnes qui souhaitent une modification de la caractérisation de leur sexe à l'état civil. Les anglo-saxons utilisent, pour désigner les mêmes personnes, le terme de transgender qui ne renvoie pas à une pratique sexuelle. En France, en revanche, le terme transgenre est un néologisme sous lequel on regroupe l'ensemble des dysphories de genre allant des travestis aux queer en passant par les androgynes et les transsexuels, c'est à dire toutes les personnes qui se réclament d'une transidentité (...). Ces personnes revendiquent leur transformation homme vers neutre ou femme vers neutre. Depuis les années 2000, les mots allosexuel et altersexuel constituent des tentatives de traduction en français<sup>235</sup>.* »

Ces errements terminologiques révèlent des confusions de fond entre le sexuel et le sexué, ce que souligne le docteur Chiland dans ses travaux : seul le sexe, biologique, est un élément fiable de l'état civil, et non le genre. Le sexe ne renvoie pas en outre à la sexualité ; il est objectivement masculin ou féminin sous réserve des rares cas d'intersexuation. Même en cas de modification de la mention du sexe à l'état civil on se réfère à un changement d'apparence sexuée et non à la sexualité de la personne, ce qui serait attentatoire à sa vie privée. Il convient donc, d'une part, d'utiliser le terme sexe et non le terme genre et, d'autre part, d'utiliser l'expression identité sexuée et non identité sexuelle pour rendre compte de l'état biologique, féminin ou masculin,

---

<sup>230</sup> Notion « insaisissable » au juridique (F. Violla, note D. 2012, 1648) en l'absence de définition légale, selon M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz. 1985, p. 655 ; v. cependant *Glossaire*.

<sup>231</sup> J. Money, 1985.

<sup>232</sup> Dr C. Chiland, <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-psychanalyse-2005-2-page-563.htm>.

<sup>233</sup> Dr. C. Chiland, Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité, 14 mai 2013, publication en ligne dans PSN, Psychiatrie Sciences Humaines Neurosciences.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> Agence de la biomédecine, in l'Avis du conseil d'orientation du 26 juin 2014.

pris en compte par le droit<sup>236</sup>.

**Changement de paradigme.** La « transsexualité » – définie médicalement comme la conviction d'appartenir à un sexe différent et le désir d'en changer et définie juridiquement comme le fait de ne plus posséder tous les caractères de son sexe d'origine et d'avoir pris l'apparence physique se rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, en association avec un traitement médical ayant entraîné une modification irréversible de l'apparence, – s'est peu à peu transformée en trouble de l'identité sexuée (modification de l'apparence et du comportement social) détaché de toute pathologie médicalement constatée (loi du 18 novembre 2016<sup>237</sup>).

La définition juridique du transsexualisme n'est donc plus médicale mais sociologique. Elle se rattache au « genre ». En conséquence, elle n'a plus aucune implication en termes de fertilité et entre donc d'autant plus significativement dans le champ de la présente étude.

**Problématiques de « droit à l'enfant<sup>238</sup> ».** Dans ce contexte, les revendications de « droit à l'enfant »<sup>239</sup> sont les suivantes :

- Couple dont l'un (ou les deux) a demandé ou demande un changement de sexe à l'état civil et qui souhaite, ensuite, obtenir un enfant par AMP, adoption, GPA.
- Demande de changement de sexe à l'état civil formée quand la filiation est d'ores et déjà établie à l'égard d'un enfant (donc affectant l'enfant déjà né en ce que la mère pourrait<sup>240</sup> être un homme à l'état civil ou en ce que le père pourrait être une femme à l'état civil).
- Demande de changement de sexe formée par une femme sans stérilité corrélative et possibilité donc d'accoucher d'un enfant en qualité de père<sup>241</sup>, juridiquement ; ou bien possibilité pour un homme qui a gardé son sexe morphologique masculin d'être à l'origine de la conception d'un enfant dont il sera la mère<sup>242</sup>, juridiquement, suite à un changement de la mention du sexe à l'état civil<sup>243</sup>.
- Demande à conserver des gamètes avant changement de sexe, la filiation des enfants à naître postérieurement s'en trouvant impactée.

Ces revendications invitent à réfléchir aux possibilités que le droit *peut* ouvrir sans mettre en danger la personne qui forme cette demande, l'enfant et la société et, corrélativement, à ce que le droit *doit* (a le devoir de) interdire ou encadrer pour protéger les personnes, l'enfant et la société<sup>244</sup>. Très préoccupée par ces évolutions, le docteur Colette Chiland a dit et écrit : « *On a*

---

<sup>236</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n° 531 : « La loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ».

<sup>237</sup> Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 18 nov. 2016, préc.

<sup>238</sup> Rappr. *Supra* p. 23.

<sup>239</sup> Sur le statut de l'enfant V. *Infra* Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section 3, pages 231 et s.

<sup>240</sup> Sur les questions qui demeurent à ce sujet, v. *Infra ibidem*.

<sup>241</sup> Ou plus exactement en qualité d'homme en son état civil tel qu'il est au moment de la déclaration de naissance de l'enfant. La qualité de père n'est pas certaine, en l'état du droit, et elle peut être contestée, v. *Infra*, p. 231 et s.

<sup>242</sup> Ou plus exactement en qualité de femme en son état civil tel qu'il est au moment de la déclaration de naissance de l'enfant. La qualité de mère n'est pas évidente, en l'état du droit, et peut être contestée, v. *Infra*, p. 231 et s.

<sup>243</sup> Sur les actions en filiation envisageables, v. *Infra*, pages 231 et s.

<sup>244</sup> Les démarches de castration, en particulier à l'étranger, hors de toute règle légale, sont rapprochés en médecine d'autres pulsions auto destructrices que l'on retrouve dans d'autres comportements plus ou moins pathologiques : scarifications, tatouages, anorexie, etc. Ce constat devrait inciter à la prudence en matière de troubles de l'identité sexuée. V. Pr Corcos : plus de 50% des demandes d'AMP viennent de femmes présentant des troubles alimentaires. Des femmes célibataires vivant seules pesant 25 kilos avec partenaire de complaisance se sont fait ainsi inséminer

*ouvert la boîte de Pandore : malheur aux enfants ! »*

### **Conclusion :**

Le terme d'assignation ou de réassignation sexuelle devrait être évité. Le sexe de naissance est constaté : il s'agit d'un fait morphologique, indiscutable. L'ablation de l'appareil génital et la reconstruction de l'apparence morphologique de l'autre sexe ne fait pas disparaître le sexe d'origine<sup>245</sup>. Ces interventions modifient l'apparence de la personne mais son identité corporelle reste la même. En outre, et depuis la loi du 12 octobre 2016, la transformation de l'apparence morphologique n'est plus exigée.

Par ailleurs, nul être humain ne se résume à son orientation sexuelle. L'identité est autre chose. Il serait bon de dire non pas « transgenre » mais « personnes avec trouble de l'identité sexuée » ou encore substituer à « homosexuel », « personne avec telle ou telle orientation sexuelle ». L'identité se situe du côté de la personne<sup>246</sup>.

Au surplus, les expressions d'« identité de genre » et d'« orientation sexuelle » ne doivent pas être rapprochées sans rendre difficile l'utilisation de l'expression d'orientation sexuelle dans le domaine de l'homosexualité. A défaut, en effet, on associe troubles de l'identité sexuée et homosexualité, ce qui ne rend pas compte de la grande majorité des cas d'homosexualité.

Enfin, la question des troubles de l'identité sexuée est suffisamment grave pour mériter d'être abordée avec sérieux, sans voyeurisme ni approximations. Corrélativement, un enfant ne peut pas être exposé, sans risques graves, aux troubles de l'identité sexuée qui surviendraient chez l'un de ses parents. Le droit a ici pour mission de protéger l'enfant et, donc, sa filiation.

Sont préconisées dans la présente étude, les expressions suivantes :

- Eviter le mot « genre » en médecine (comme le conseille le Dr Chiland) et en Droit.
- Troubles de l'identité sexuée pour les cas de transexualisme.
- Intersexuation, pour les cas d'hermaphrodisme.
- Orientation sexuelle, dans le strict domaine de l'homosexualité et par distanciation de l'expression « identité de genre ».

## **§ 2. L'analyse des conflits notionnels obscurcissant l'expertise**

Différents conflits notionnels obscurcissent le débat : « droit à l'enfant » et droits de l'enfant (A) ; intérêt supérieur de l'enfant, droits de l'enfant et « droit à l'enfant » (B) ; « droit à l'enfant » et enfant sujet de droits (C).

---

avec des résultats désastreux pour l'enfant et décompensation dépressive massive. V. Colloque « Fille et garçon », *op. cit.*

<sup>245</sup> C. Chiland, *Changer de sexe : illusion et réalité*, éd. O. Jacob, 2011.

<sup>246</sup> V. Glossaire.



## A. Le conflit entre « droit à l'enfant » et droits de l'enfant

La dialectique « droit à... » / « droit de... » n'est pas nouvelle. Si elle passe souvent inaperçue, c'est parce qu'il n'existe généralement pas de contrariété saillante entre l'un et l'autre des droits qui se font face sans s'opposer. Ainsi en va-t-il des « droits du travailleur » et du « droit au travail » dès lors que le droit du travail est historiquement un droit en faveur des travailleurs réputés revendiquer un droit au travail, c'est-à-dire un droit à l'accès au travail. De même, le « droit au procès » est une dimension qui ne contredit par le « droit du procès ». A l'inverse, à le supposer reconnu, le droit à l'enfant ne serait pas un droit de l'enfant... ce serait un *droit... de l'homme qui veut devenir parent...* un droit, donc, susceptible de heurter les droits de l'enfant.

Or, si le conflit d'intérêts qui fait débat est si complexe à trancher, c'est parce qu'il instaure un double monologue, déroulé dans deux dimensions irréductibles l'une à l'autre : d'un côté, les droits de l'enfant<sup>247</sup> ; de l'autre, le « droit à l'enfant ». Des deux côtés, ce sont bien des droits subjectifs qui s'affrontent pour incurver le droit objectif<sup>248</sup> en leur faveur. Car on a suffisamment dit que les droits subjectifs prolifèrent de l'intérieur du Droit objectif. Ils sont encore plus nombreux à l'extérieur, qui revendiquent leur intégration et leur reconnaissance dans le Droit objectif. Les droits subjectifs, – il faut le rappeler –, désignent l'ensemble des prérogatives dont est titulaire un sujet de droits... c'est d'eux dont il est question dans les expressions « *droits de l'enfant* » et « *droit à l'enfant* ».

**En premier lieu**, il s'agit d'identifier la réalité dissimulée derrière l'appellation « droit à l'enfant ».

Pour y répondre, il convient de déterminer ce dont il s'agit, c'est-à-dire son objet et sa nature.

Quant à son objet, d'une part, les « droits à » sont des « droits vers », de la même façon qu'est revendiqué un droit à l'accès au juge au travers de l'expression élidée « droit au juge », le droit « à l'enfant » revendique un « droit à » l'accès à l'enfant. L'accès à l'enfant est un désir. La reconnaissance d'un « droit à » imposerait à l'ordre juridique de le satisfaire. Or, ce n'est pas parce qu'un désir existe qu'il doit être satisfait<sup>249</sup>.

Le droit à l'enfant recouvre au fond un droit à la parenté. Le droit à la parenté est le droit de se créer une filiation afin d'acquérir le statut (droits et responsabilités) de parent. En ce sens, le droit à la parenté est synonyme du « droit à l'enfant ». A la question de savoir « qui a le droit à la parenté ? », seule la loi a le pouvoir de répondre dès lors que le Conseil constitutionnel lui abandonne cette question.

Ainsi, l'expression « droit » à l'enfant n'est que la vitrine de la revendication d'un droit à la parenté.

Quant à sa nature, d'autre part, une fois éliminés les droits réels, les droits intellectuels et les droits potestatifs, on pense naturellement au droit personnel. Or, un droit personnel suppose un sujet actif (l'initiateur) et un sujet passif. Si le sujet passif est l'enfant, on ne peut faire

---

<sup>247</sup> F. Laroche-Gisserot, *Droits de l'enfant*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003.

<sup>248</sup> Qu'on compartimente artificiellement : Droit de la filiation ; Droit de l'enfance ; Droit de la jeunesse ; etc.

<sup>249</sup> Dans le même sens : J.-L. Baudoin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'Homme de quel Droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, préc., v. plus précisément : Du désir d'enfant au droit à l'enfant, p. 155 et s. Les auteurs démontrent « l'impossible consécration d'un droit à l'enfant ».

l'économie de la question de savoir si un « droit » qui implique un sujet de droit qui n'y a pas consenti peut néanmoins s'imposer à lui, sujet passif. D'autant que le sujet actif brandit son « *droit à...* » comme l'inverse d'un *devoir*... tel l'enfant qui veut un chat, l'initiaire se présente comme quelqu'un à qui l'on doit en omettant de prendre en compte la responsabilité qui en découlera (dette envers l'enfant, devoirs parentaux).

Mais alors il faut identifier un créancier (le ou les futurs parents) mais également un débiteur... et c'est là plus compliqué : qui serait débiteur de ce « droit à l'enfant » revendiqué ? les médecins ? les tiers donneurs ? l'ordre juridique (mais ne possède pas la personnalité juridique) ? donc, à supposer que ce « droit à l'enfant » existe, son débiteur serait plutôt l'Etat.

Les médecins collectivement n'ont pas la personnalité juridique. S'ils sont débiteurs c'est donc à titre individuel... le problème c'est qu'aucun lien ne relie chaque parent à chaque médecin. A la supposer admise, la généralité de la solution contraindrait plutôt à y voir un « devoir », le devoir de chaque médecin d'exaucer le vœu de parentalité de toute personne qui en ferait la demande. On est assez loin de l'expression « droit à l'enfant » et, par hypothèse, il s'agirait d'un devoir, on l'a dit, et non plus d'un droit personnel, avec les responsabilités qui l'accompagnent.

Le tiers donneur ne pourrait lui-même devenir débiteur de l'obligation de donner la vie que s'il y a consenti et, là encore, tant qu'il n'a pas effectué son don, dans les conditions requises, il serait assez difficile juridiquement de l'y contraindre.

L'ordre juridique ? Il s'agit certainement d'une entité, mais elle n'est pas dotée de la personnalité juridique.

L'Etat ? de toutes les pistes explorées, c'est la plus plausible. Chacun des ressortissants d'un pays est titulaire de droits et libertés que l'Etat doit faire en sorte de lui assurer, dans la logique des « droits de ».

Le « droit à... » comme le « droit de... » poursuivent une même fonction : légitimer la « revendication » de moyens propres à les mettre en œuvre.

**En deuxième lieu**, la difficulté d'appréhension des droits de l'enfant se présente sur un autre plan. La question ne consiste pas à se demander s'il convient de les reconnaître mais de les recenser afin de découvrir si la reconnaissance d'un « droit à l'enfant » contredirait l'un d'eux. Les normes sont en effet nombreuses qui les reconnaissent et s'essayer à en dresser la liste : Convention de La Haye du 25 octobre 1980, Convention de l'enfant du 20 novembre 1989, le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (mai 2000), le Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications (adopté à New York 19 décembre 2011, par l'Assemblée Générale des Nations Unies), etc.

La jurisprudence est également fertile. Peuvent être citées *a minima* la décision du 4 mars 2015 du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe (CEDS) sur la prohibition des châtimens corporels et l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 mars 2015<sup>250</sup> sur le déplacement illicite d'enfant.

**En troisième lieu**, il conviendra de les confronter. Le terme « droit » bénéficie d'une aura de respectabilité. Les droits sont vécus comme les remparts de l'intérêt des uns et des autres. Si

---

<sup>250</sup> Pourvoi n° 14-19.015.

« droit à l'enfant » et droits de l'enfant se télescopent, c'est parce que, d'un côté, le « droit à l'enfant » se focalise sur l'intérêt de ou des êtres qui désire(nt) devenir parents, tandis que de l'autre côté, les droits de l'enfant ont pour but de protéger l'intérêt de l'enfant envisagé au moment de la prise de décision, donc une fois tout le reste accompli, sauf à se souvenir que cet intérêt supérieur de l'enfant doit être aussi pris en compte par le législateur (dans la prise de décision législative).

C'est donc là qu'il faut se placer pour construire une terminologie appropriée. Or, à s'en tenir à un point de vue terminologique, l'expression « droit à l'enfant » paraît en situation d'« abus de position dominante », à au moins deux titres dans le raisonnement mis en œuvre.

D'abord, l'intérêt de l'enfant est le plus souvent mis en œuvre lorsque l'enfant est né. Avant la GPA, il est donc trop tôt pour les défendre. Après la GPA, il est trop tard car il n'existera aucun remède curatif mais uniquement des remèdes palliatifs contre des maux qu'il appartiendra au psychologue d'évaluer. La défense de l'intérêt de l'enfant n'est alors qu'un palliatif à une situation de souffrance potentielle<sup>251</sup>.

En outre, l'opposition entre « droit à l'enfant » et droits de l'enfant est corrélativement inconstructive car elle ne se tient pas dans la même dimension : le « droit à l'enfant » est une question antécédente à la filiation ; les droits de l'enfant sont des prérogatives reconnues à l'enfant capable de se défendre *a minima* par voie de représentation, sauf lorsque la question de ses droits doit être envisagée par le législateur dans la conception normative.

La balance de l'intérêt des uns (futur(s) parent(s)) et de l'autre (enfant) s'apprécie malheureusement devant nos juridictions à des moments différents : pour l'initiateur à la maternité : avant que l'enfant ne naisse ; pour l'enfant, après qu'il soit né.

Seul le législateur peut tenir compte de la question des droits de l'enfant au regard du processus qui porte atteinte à ses droits en amont de sa naissance. D'où présentement les décisions judiciaires qui découlent de la loi du 17 mai 2013 pour consacrer un « droit à l'enfant ».

## **Conclusion :**

Dans l'hypothèse où les conséquences d'un « droit à l'enfant » – découlant pour l'instant de la loi du 17 mai 2013 – entreraient en conflit avec les droits de l'enfant, la protection de ces derniers ne pourrait être assurée que par l'adoption d'une législation ne favorisant pas ce « droit à l'enfant » et de règles internationales d'ordre public déniaient expressément l'existence de tout « droit à l'enfant ».

D'un côté, le Droit (objectif) doit régir les situations existantes de parentalité non biologique (adoption ou gestation par personne interposée).

D'un autre côté, le droit doit se doter d'une réglementation qui n'incite pas à la création de situations qu'il réprouve, car valider une situation contraire à une règle d'ordre public au prétexte qu'elle est consommée porte une part d'incitation à l'adresse de ceux qui hésitaient à transgresser ladite règle.

---

<sup>251</sup> V. *Infra*, Partie III, Chapitre I, Section I, pages 306 et s.

## B. L'intérêt supérieur de l'enfant, le « droit à l'enfant » et les droits de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant constitue, aujourd'hui, la pierre angulaire des législations et des décisions judiciaires dans le domaine du droit de la famille, spécialement de l'autorité parentale<sup>252</sup>. En droit français, l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que : « *L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant* ». L'article 3-1<sup>253</sup> de la Convention internationale des Droits de l'Enfant n'a pas été clairement repris dans la loi française, le texte cité renvoyant à l'intérêt de l'enfant et non à son intérêt supérieur. Cependant, la jurisprudence française consacre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>254</sup>. Dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale, des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ont été peu à peu mis à jour par les juridictions européennes, impliquant de considérer celle-ci comme une véritable notion de droit.

En notre domaine, l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît comme le fondement tant des partisans de la reconnaissance d'un « droit à l'enfant » que de ses détracteurs. Selon un auteur<sup>255</sup>, « *la conformité de toute décision ou disposition générale de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu un impératif devant la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme, imposant aux Etats de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision qui concerne les enfants* ». Pourtant, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion de droit appréciée à l'aune de la convention internationale des droits de l'enfant ce qui, *a priori*, permet d'éviter l'instrumentalisation du concept<sup>256</sup>. Toutefois, l'absence de définition précise de la notion confère au juge un pouvoir d'appréciation important ce qui, à l'analyse, favorise la progression d'un « droit à l'enfant ».

L'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant érige l'intérêt supérieur de l'enfant en principe supérieur : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». L'intérêt supérieur de l'enfant doit donc prévaloir sur tout autre intérêt, particulièrement sur celui des parents. Cet emplacement du principe – en tête de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant – établit un lien entre le concept d'intérêt supérieur de l'enfant et celui de droits de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant renvoie en conséquence notamment aux droits de l'enfant : il est ainsi, par exemple, de son intérêt de connaître ses parents et d'être éduqué par eux (CIDE, art. 7-1) ou encore de ne pas être séparé de ses parents contre son gré (CIDE, art. 9-1).

Petit à petit, la notion de « droit à l'enfant » a supplanté celle de droit de l'enfant dans les discours, lapsus révélateur pouvait-on dire au début ; un véritable dérapage apparaît aujourd'hui.

---

<sup>252</sup> G. Hubert-Dias, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé*, th. dactyl. Reims, 2014.

<sup>253</sup> Art. 3-1 CIDE : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

<sup>254</sup> G. Hubert-Dias, *op. cit.*, spéc. n° 543 et s., p. 305 et s.

<sup>255</sup> A. Tunc, Standards juridiques et unification du droit, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22, n° 2, avril/juin 1970, pp. 247-261.

<sup>256</sup> G. Hubert-Dias, préc.

La revendication d'un « droit à l'enfant » s'illustre particulièrement dans le domaine de la gestation pour le compte d'autrui. Les effets (récents) de telles conventions sur le territoire français traduisent un « droit à l'enfant » alors même que cette pratique est interdite en droit français (C. civ., art. 16-7). Or, la perspective de « droit à l'enfant » implique de ne plus considérer l'enfant comme sujet de droits, mais bien comme un objet de droit. Seul ce changement de statut justifie le « droit à ».

Il faut remarquer que l'expression de « droit à l'enfant » ne répond à aucune définition juridique<sup>257</sup>. Contrairement au cas de l'intérêt supérieur de l'enfant, il ne s'agit pas d'un concept autonome mais d'un « droit à », banal à l'exception de son objet, avec les conséquences juridiques qui y sont habituellement attachées en matière d'opposabilité<sup>258</sup>. L'exercice d'un « droit à » ne peut trouver de limites que dans un principe ou règle d'ordre public. Or, c'est bien le cas de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant<sup>259</sup>. En conséquence, l'intérêt supérieur de l'enfant devrait pouvoir faire obstacle à la progression du « droit à l'enfant ».

La reconnaissance d'un « droit à l'enfant » se trouve ainsi étroitement liée à l'appréciation que l'on fait de l'intérêt supérieur de l'enfant.

A l'analyse, il apparaît qu'une appréciation générale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant fonde une protection de l'enfant et de ses droits (1), tandis que l'appréciation concrète de cet intérêt au vu de la situation créée favorise l'émergence d'un « droit à l'enfant » (2).

## 1. L'appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant et droits de l'enfant

L'appréciation *in abstracto* suppose que le juge apprécie ce qui relève de l'intérêt supérieur de l'enfant à partir d'un postulat. Le juge déduit « *sa solution d'une directive générale et impersonnelle* »<sup>260</sup>. Par exemple, jusqu'à un certain âge l'intérêt supérieur de l'enfant serait d'être confié à sa mère en cas de divorce ou de séparation<sup>261</sup>. L'appréciation *in abstracto* suppose de se référer à une personne ou à une situation qui fait figure de modèle, dans le but de structurer la société et d'éviter les situations à risque, dans l'intérêt général.

Apprécié globalement, l'intérêt supérieur de l'enfant fonde, par exemple, le refus de retranscrire l'acte étranger de naissance dans les registres d'état civil français après une gestation pour autrui valablement pratiquée à l'étranger<sup>262</sup>.

---

<sup>257</sup> C. Brunetti-Pons, L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? *RLDC*, nov. 2011, p.27 et s.

<sup>258</sup> V. *Infra* même chapitre § 3, page 58.

<sup>259</sup> V. Les développements, *supra*, qui rattachent cet article 3 à l'ordre public familial international, p. 259 et s.

<sup>260</sup> Y. Lequette, note sous arrêt Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 janvier 1979, in *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (ss. la dir. de B. Ancel et Y. Lequette), 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006, p. 630 et s.

<sup>261</sup> *Ibidem*. V. Aussi S. Koïta, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, préc. L'auteur explique que le seuil est fixé à sept ans en droit guinéen.

<sup>262</sup> M. Fabre-Magnan, Le refus de la transcription : La Cour de cassation gardienne du droit, *D.*, 2013, p. 2384 ; Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot, *D.* 2014, p. 491 ; Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, *D.* 2015, p. 224.

Toutefois, la prise en compte de principes concurrents conduit à relever les insuffisances du mode d'appréciation abstrait<sup>263</sup> : « l'appréciation de l'intérêt de l'enfant navigue entre la nécessaire prise en compte des contours d'une notion de droit et l'indispensable atténuation que représente le mécanisme de l' « exception à » »<sup>264</sup>. Certes, l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être protégé par des principes d'ordre public incontestés comme l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui. Cependant, l'intérêt supérieur de l'enfant est aussi de connaître ses origines et d'être élevé par ses père et mère dans la mesure du possible (CIDE, art. 7-1).

Le Défenseur des droits<sup>265</sup> s'est ouvertement montré favorable, sur le fondement des droits de l'enfant, à la reconnaissance des effets<sup>266</sup> de GPA valablement pratiquées à l'étranger. L'appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant doit donc être articulée<sup>267</sup> avec une appréciation concrète<sup>268</sup> qui fera appel à d'autres principes, que le cas concret interpelle.

## 2. L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant et « droit à l'enfant »

L'appréciation concrète<sup>269</sup> repose sur la capacité des juges à relever les différents éléments de fait de l'espèce. L'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose que le juge examine cette notion au regard des données qui lui sont présentées, c'est-à-dire au regard des seules circonstances de la cause. Le juge se livre à une appréciation minutieuse des faits pour

---

<sup>263</sup> Un auteur va même jusqu'à considérer que : « l'appréciation *in abstracto* constitue une méthode d'interprétation dangereuse en matière d'intérêt de l'enfant » : J.-P. Serval, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, thèse dactyl., Aix-Marseille, 1978, p. 65

<sup>264</sup> C. Brunetti-Pons, Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements, *RLDC*, nov. 2013, n°109, p. 41.

<sup>265</sup> La loi organique ne permet pas au Défenseur des droits de saisir le Conseil constitutionnel comme l'avait souhaité le Comité Balladur. L'institution reste donc *a priori* une autorité indépendante de facture classique, orientée vers la prévention et la médiation plus que sur la répression (A.-M. Le Pourhiet, *Judiciarisation et discrimination*, in *La société au risque de la judiciarisation* (ss la dir. de Fr. Rouvillois), LexisNexis-Litec, 2008, p. 67. Selon l'auteur : « Sa nouvelle physionomie en fait une institution caractéristique des sociétés post-modernes obnubilées par les « droits » des uns et des autres, invoqués sur le mode compassionnel et émotionnel de la promotion des « victimes » ». Le Défenseur des droits illustre parfaitement l'idéologie du *care* (soin) dont certains dénoncent à juste titre les effets sociaux pervers parfois gravissimes (Y. Michaud, *Contre la bienveillance*, Stock, 2016).

<sup>266</sup> Communiqué de presse du 3 juillet 2015, extr. : « Le Défenseur des droits considère, pour sa part, que l'intérêt supérieur de l'enfant implique que l'enfant né à l'étranger d'une GPA puisse jouir d'une filiation complète identique à celle établie légalement à l'étranger, qui soit conforme à la réalité à la fois biologique et sociale ».

<sup>267</sup> M. King et G. Kratz, La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération et d'interférence, *Droit et Société*, n° 22, 1992, LGDJ.

<sup>268</sup> « Avec un peu d'audace, on peut déduire d'un arrêt de la première chambre du 19 octobre 2016, n° 15-50098, qui exclut la transcription d'un acte de mariage sur les registres de l'état civil français, sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public (bigamie éphémère, datant de près de trente ans), que les arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 n'ont pu s'affranchir de la contrariété à l'ordre public (existence d'une GPA) que par référence implicite à une appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant, sous-jacente au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde », J.-D. Sarcelet, commentaire émis lors de l'une de nos séances de travail.

<sup>269</sup> N'est envisagé en l'occurrence que la mise en œuvre de cette appréciation concrète au regard de manifestations d'un « droit à l'enfant » dans ses rapports à la « filiation » (sujet du présent rapport). Les questions d'autorité parentale, par exemple, ne sont pas abordées. Or, certaines questions, telle celle de la délégation-partage d'autorité parentale, intéressent de près la problématique d'un « droit à l'enfant » (V. infra Partie II, Chapitre II, Section III). L'intérêt de l'enfant est un critère alliant appréciation concrète et abstraite dans le domaine de l'autorité parentale (V. G. Hubert-Dias, th. *op. cit.*) ; récemment encore il apparaît clairement que l'intérêt de l'enfant est le critère mis en avant pour le maintien d'une délégation-partage de l'autorité parentale, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 janv. 2017, n° 15-28230, D. V. obs. I. Corpart, *RJPF* mars 2017, 2017-3/36.

faire ressortir ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant tout en veillant à la protection de celui-ci. La Cour européenne des droits de l'homme constate ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier au cas par cas<sup>270</sup>. Elle relève que : « *cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir* »<sup>271</sup>.

L'appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de résoudre une difficulté immédiate, par exemple celle de la transcription des actes de naissance<sup>272</sup>. Ce raisonnement ne rend compte toutefois que d'une appréciation incomplète. En outre, elle favorise l'émergence d'un « droit à l'enfant » parce qu'elle ne représente plus alors la règle d'ordre public dont le contenu fait obstacle, en tant que tel, à sa manifestation.

Toutefois, à cette appréciation concrète se trouve mêlée une appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant. La mise en œuvre de l'appréciation *in concreto* nécessite, parfois, que celle-ci soit corrigée par l'intervention de critères abstraits<sup>273</sup>. Par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant, de « tout enfant », est que soit envisagé en priorité, après divorce ou séparation des père et mère, le maintien des relations personnelles avec ses parents, même si des exceptions peuvent être portées à ce principe au vu des circonstances concrètes.

La dualité des modes d'appréciation permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant n'empêche pas la poursuite d'un objectif commun : celui de la protection de cet intérêt supérieur. L'important est d'établir un lien entre les circonstances de l'espèce et l'intérêt réel de l'enfant à l'aune de principes directeurs.

L'appréciation abstraite permet d'établir des lignes de conduites protégeant l'intérêt supérieur de l'enfant. Les deux modes d'appréciation ne s'excluent pas : « le système peut donc être très simplement résumé : au législateur la définition de ce qui relève abstraitement de l'intérêt de l'enfant ; au juge, l'appréciation de la satisfaction *in concreto* de l'intérêt de l'enfant »<sup>274</sup>. Et d'ailleurs : « la notion d'intérêt de l'enfant implique toujours une appréciation, c'est-à-dire la recherche, dans les circonstances de la cause, des éléments permettant de caractériser en l'espèce le principe général imposé »<sup>275</sup>.

Précisément, le rôle du juge est de rechercher concrètement l'application d'une directive générale dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'articulation des deux modes d'appréciation doit être combinée avec la prise en compte de ce qui nourrit aujourd'hui l'ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>276</sup>.

L'appréciation judiciaire *in concreto* n'exclut pas le mode *in abstracto* dont les ressorts reposent tout simplement sur l'interférence de principes et modèles qu'il s'agit en l'occurrence d'articuler.

---

<sup>270</sup> CEDH, 6 juil. 2010, *Neuliger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07, spéc. § 138.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

<sup>272</sup> V. *Infra*, pages 212 et s.

<sup>273</sup> C. Brunetti-Pons, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2003, n° 309, p. 320.

<sup>274</sup> P. Murat, Intérêt de l'enfant et séparation de la fratrie en cas de déménagement d'un parent pour l'étranger, *Dr. fam.*, 2010, comm. 24.

<sup>275</sup> R. Le Guidec, *La notion d'intérêt supérieur de l'enfant en droit civil français*, thèse, dactyl., 1973, spéc. p. 460.

<sup>276</sup> V. *Infra* au sujet de l'ordre public familial international, pages 259 et s.

## Conclusion :

Tenir compte des éléments concrets de l'espèce ne doit pas éliminer la règle générale, autrement dit le contenu général et abstrait de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, axé sur la recherche du bien-être et de la protection de l'enfant (CIDE), mais aussi sur le respect de ses droits.

Face au déclin de l'ordre public matrimonial (affaiblissement de la dimension d'ordre public des principes d'indisponibilité de l'état et du corps humain, introduction du mode contractuel dans un domaine où la convention, traditionnellement et pour des raisons d'intérêt général, n'est pas une source de droit), l'intérêt supérieur de l'enfant semble constituer une réponse aux risques d'atteinte aux droits de l'enfant ainsi qu'à la confusion croissante entre ses droits et le « droit à l'enfant »<sup>277</sup>. Les défis à relever résident dans l'articulation des droits de l'enfant avec les principes directeurs : protecteurs de l'enfant et de sa filiation.

### C. Le « droit à l'enfant » et l'enfant sujet de droits

Les revendications de « droit à l'enfant » se heurtent à la qualité de sujet de droits de l'enfant<sup>278</sup>.

Pour cette raison, les conventions actuelles - de gestation pour le compte d'autrui mais aussi celles par laquelle deux femmes décident de priver un enfant de père dans le « projet parental » - portent sur l'état civil et la filiation et non directement sur l'enfant<sup>279</sup>. Il ne devrait pas pouvoir être question d'« aliénation de l'enfant » puisque l'enfant n'est pas une chose. L'acte de disposition porte donc *a priori* nécessairement sur le seul état civil, en ce qu'il rattache l'enfant à celui qu'il désigne comme parent. Toutefois, le principe d'indisponibilité de la filiation<sup>280</sup> et celui de l'indisponibilité de l'état<sup>281</sup> s'y opposent, sauf à réduire leur empire à la filiation et à l'état civil de l'enfant déjà né, raisonnement que la Cour de cassation n'a pas suivi<sup>282</sup>.

L'intérêt de l'enfant, personne titulaire de droits, ne peut être compris comme permettant d'introduire dans l'objet des contrats (dans le commerce) son état civil et sa filiation corrélatrice. Les « principes essentiels du droit français<sup>283</sup> » d'indisponibilité de l'état et de la filiation n'entrent pas dans l'objet des conventions parce qu'ils sont impératifs ou d'ordre public. Pour cette raison, la convention par laquelle deux femmes décideraient de priver un enfant de son père ne donne pas accès à l'AMP avec tiers donneurs sur le territoire français. Sur ce fondement, également, les contrats de gestation par personne interposée sont nuls de nullité absolue. En l'état actuel du droit positif, l'article 16-7 du Code civil l'énonce clairement. Toutefois, même si l'article 16-7 actuel devait être abrogé, ces contrats seraient nuls par application des principes

---

<sup>277</sup> B. Beigner, « De l'enfant roi » au « parent roi » ? *Dr. Fam.* 2012, repère 1 ; J. Poussin-Petit, Chronique de droit belge : le droit de l'enfant ou le droit à l'enfant, *Dr. Fam.* 2010, étude 19 ; J. Martin-Lassez, L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille. Etats généraux du droit de la famille, *Dr. Fam.* 2008, p. 272 ; C. Brunetti-Pons, Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, *Dr. Fam.*, 2003, chron., 15-17.

<sup>278</sup> C. Brunetti-Pons, *L'enfant sujet de droits*, intervention à la journée « Place au droit » de l'Université de Nancy, sept. 2012. Publication en ligne et Mare & Martin 2014, pp. 231-254. Et v. *supra* note 99.

<sup>279</sup> Il s'agit toutefois d'artifices, v. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section 3 § 2 C, pages 344 et s.

<sup>280</sup> C. civ., art. 323.

<sup>281</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 10-19053 et n° 09-66486 : « *En l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui (...)* ». Et v. du même jour, n° 09-17130 qui qualifie également le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de « *principe essentiel du droit français* ».

<sup>282</sup> *Ibidem*.

<sup>283</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avr. 2011, préc.



du droit français, ce que la Cour de cassation avait décidé<sup>284</sup> avant la loi de 1994 (relative à la bioéthique). Enfin, le raisonnement cherchant à justifier la licéité d'un tel contrat en limitant les principes d'indisponibilité à la filiation d'un enfant déjà né ne tient pas. En effet, la généralité desdits principes est renforcée sur ce terrain par celle des articles 16 et suivants ainsi que par l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, lesquels s'y opposent.

Le seul moyen juridique permettant d'obtenir la licéité de tels contrats serait de proclamer le caractère absolu du principe d'auto-détermination et la suppression corrélative des grands principes de notre droit des personnes et de la famille, spécialement des principes d'indisponibilité de l'état<sup>285</sup> et de la filiation, ainsi que la suppression de la qualité de sujet de droits de l'enfant. Malheureusement, les conséquences qui en résulteraient bouleverseraient les fondements du droit existant : notamment, en ouvrant un principe absolu d'auto-détermination de la personne (par manifestation de volonté) - lequel entraînerait une détermination de l'état et de la filiation des enfants par la volonté des adultes-, on abandonne l'enfant à la toute-puissance des adultes<sup>286</sup>, à moins que l'on considère que l'enfant lui-même s'autodétermine en pareil cas. Cependant, l'auto-détermination du sujet ne peut concerner un enfant tout juste né, et même simplement mineur. Or, si l'on considère que l'enfant est une personne, l'auto-détermination ne peut concerner que l'enfant et non ceux qui s'auto-institueraient comme ses parents<sup>287</sup>.

Une telle évolution reposerait *in fine* sur une opposition entre deux valeurs fondamentales qui, au fond, sont liées : la dignité humaine, d'une part, laquelle fonde les grands principes de protection de l'humain à l'échelle nationale et internationale, et le droit d'auto-détermination, d'autre part, qui permet à chacun de faire respecter sa volonté. En effet, l'auto-détermination n'a juridiquement de sens et de justification qu'en lien avec le principe de dignité<sup>288</sup>. Donc, l'auto-détermination puise ses limites intrinsèques dans sa source même : dans les principes d'indisponibilité de l'état des personnes, de la filiation et aussi du corps humain, lesquels découlent du principe supérieur et fondamental de dignité, à valeur constitutionnelle<sup>289</sup>.

L'être humain est protégé contre toute atteinte à ce qu'il est fondamentalement, en l'occurrence une personne, s'agissant de l'enfant. Il suffit de se replonger dans les horreurs nazies pour

---

<sup>284</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2011, préc.

<sup>285</sup> En ce sens : A.-M. Leroyer, La filiation des enfants nés par GPA au regard du droit français, in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le Monde-représentations, encadrements et pratiques*, colloque Paris, 17-18 nov. 2016. Ce raisonnement suppose de « mettre en débat », « en politique », les principes directeurs et de poser en principe (comme corollaire « des valeurs d'autonomie et d'autodétermination ») que « les institutions ne sont rien d'autre que ce que les hommes décident qu'elles soient », J-LDéchaux, Les défis des nouvelles techniques de reproduction, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, éd. Bruylant 2014, pp. 313-335.

<sup>286</sup> D. Fenouillet, Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet, in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz 2014, pp. 37-71.

<sup>287</sup> Rappr. Des développements très pertinents, y compris sur ces sujets actuels, de C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984.

<sup>288</sup> F. Furkel, Le rôle essentiel du droit à la dignité, pierre angulaire de la loi fondamentale dans la protection du corps humain en matière de biomédecine, in *Principes de protection du corps et biomédecine*, éd. Bruylant 2015, coll. Droit, éthique et société, pp. 43-66. Et v. B. Edelman, Le concept juridique d'humanité, in *Le droit, la médecine et l'être humain*, op. cit., article soulignant que « l'humanité ne pourra prendre le visage gestionnaire d'un marché », mais qu'elle présente le « double visage » de la dignité et du marché, oscillant entre le « meilleur et le pire ».

<sup>289</sup> V. *Infra* Partie II, Chapitre II, Section I, pages 249 et s.

comprendre où mène une auto-détermination absolue, donc éminemment manipulable, spécialement s'agissant d'un enfant.

Citons ici Jean-Dominique Sarcelet : « *Dans l'optique d'un droit fait pour les hommes, l'approche jurisprudentielle des états de droits de l'être humain devrait non seulement être empreinte d'humanisme mais également demeurer au plus près de la personne humaine* <sup>290</sup> ».

### **Conclusion :**

Le raisonnement développé au soutien des revendications d'un droit à l'enfant puise ainsi ses limites dans deux obstacles juridiques majeurs :

1. Le principe de dignité ;
2. La qualité de personne de l'enfant dont il découle que sa filiation et son état civil, si auto-détermination il devait il y avoir, devrait dépendre de l'enfant ou, *a minima*, de son accord, ce qui, s'agissant d'un enfant tout juste né, ne peut être mis en pratique.

### **§ 3. L'analyse des obstacles propres aux nouvelles revendications de « droit à l'enfant »**

Le « droit à l'enfant » représente pour l'heure davantage un argument en faveur de l'extension, en dehors de leur carcan médical, du champ de licéité de la GPA et de l'AMP qu'une prérogative reconnue ou devant l'être absolument<sup>291</sup>.

Les équilibres sur lesquels repose la législation relative à la bioéthique ont été analysés<sup>292</sup>. Le Droit pose en l'occurrence des limites aux revendications individuelles par un encadrement juridique approprié<sup>293</sup>. La finalité thérapeutique de l'acte justifie l'intervention médicale et les règles juridiques qui l'entourent. Elle en fixe les limites intrinsèques.

Les nouvelles revendications de « droit à l'enfant »<sup>294</sup> conduisent beaucoup plus loin. Leur légitimité reposerait sur trois fondements : l'égalité (1), le genre (2), le droit à une vie familiale normale (3).

#### **1. L'égalité<sup>295</sup>**

Le principe d'égalité supposerait que la satisfaction du désir qui est accordée aux uns (les couples hétérosexuels), soit également accordée aux autres (les couples homosexuels). Un tel argument se heurte pourtant à deux obstacles juridiques :

---

<sup>290</sup> J.-D. Sarcelet, L'être humain dans tous ses états de droits ; approche jurisprudentielle, in *L'institué, le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit., pp. 69-84.

<sup>291</sup> V. *Infra* glossaire "droit à l'enfant".

<sup>292</sup> V. *Supra*, introduction générale, spéc., p. 18 et s.

<sup>293</sup> R. Andorno, *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, éd. Bruylant, collec. Droit, bioéthique et société, 2013.

<sup>294</sup> V. *Infra* introduction générale, spéc. p. 23 et s.

<sup>295</sup> In motifs de la loi du 17 mai 2013, préc.

- **L’occultation corrélative de l’identité sexuée d’homme et de femme.** L’argument d’égalité se heurte à la *différence de sexe nécessaire à la procréation*<sup>296</sup>. Le raisonnement fonctionne en l’occurrence sur la base d’une égalité entre couples qui conduit à gommer l’identité sexuée<sup>297</sup> d’homme et de femme (C. civ. art. 6-1 nouveau)<sup>298</sup>. L’instrumentalisation du concept d’égalité<sup>299</sup> fonde un détachement total d’avec ce qui permet la procréation naturelle : la relation charnelle entre un homme et une femme, *a minima* deux gamètes sexués, mâle et femelle<sup>300</sup>.
- **L’occultation<sup>301</sup> corrélative de l’enfant.** L’argument d’égalité se heurte en second lieu à l’*existence même de l’enfant*<sup>302</sup>. La notion d’égalité entre couples, même privée de considérations d’ordre sexué, ne permet pas de fonder juridiquement un « droit à l’enfant ». A défaut, ce serait considérer définitivement que l’enfant est une chose et non une personne<sup>303</sup>. On ne voit pas en effet comment interdire à l’enfant, s’il est une personne, d’exercer une action en recherche de filiation ou, à l’inverse, en contestation d’une filiation qui ne rend pas compte de ce qu’il est : le fruit de l’accouplement charnel de l’homme et de la femme, *a minima* – et de façon très marginale – de gamètes sexués. C’est bien la conclusion à laquelle aboutit le récent rapport : « *De nouveaux droits pour les enfants ? oui... Dans l’intérêt des adultes et de la démocratie* », remis le 29 janvier 2014 : « *Le droit de l’enfant à une double filiation biologique*<sup>304</sup> ».

## Conclusion :

Les dispositions introduites par la loi française du 17 mai 2013 ne peuvent être fondées sur l’égalité entre les couples, les situations de départ n’étant pas comparables sur le terrain de la filiation de l’enfant au regard de la différence de sexe qui existe dans un cas et pas dans l’autre<sup>305</sup> et qui, seule, permet l’engendrement naturel ou par AMP (en l’état actuel de notre droit).

Il convient, pour raisonner avec justesse, de restituer aux revendications actuelles leur exact fondement : le « genre indifférencié ».

<sup>296</sup> Relevé par le Conseil constitutionnel, décision 17 mai 2017, n° 2013-669 DC.

<sup>297</sup> Pour la démonstration, v. C. Brunetti-Pons, Après la loi du 17 mai 2013 « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », quelles perspectives pour le droit de la famille ? *Recherches Familiales* n° 11, 2014, Dossier thématique : *Famille et corps : identité et transmission*, pp. 111-130, spéc., p. 127 et s.

<sup>298</sup> J. Hauser, Le couple sexué et le droit de la famille, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, op. cit., pp. 59-74, spéc. p. 63 : « *L’heure de vérité sonne quand on passe à la fabrication des enfants où la portée de la fiction atteint non pas seulement le système juridique mais la nature elle-même* ».

<sup>299</sup> Par occultation du donné, v. *L’institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit.

<sup>300</sup> Dr H. Bléhaut, Particularités spécifiques de l’ovocyte et du spermatozoïde, in *Le don de gamètes*, op. cit., pp. 21-24.

<sup>301</sup> *L’enfant oublié*, op. cit.

<sup>302</sup> Pour la démonstration, v. C. Brunetti-Pons, L’égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage pour tous, *RLDC*, juin 2013, n° 105, pp. 73- 78.

<sup>303</sup> V. *Supra* pages 56 et s.

<sup>304</sup> Rapport remis à sa demande à Mme Bertinotti, ministre de la famille, le 29 janv. 2014, J.-P. Rosenczeig, Président ; D. Youf, rapporteur ; F. Capelier, rapporteur adjoint, p. 57 et s.

<sup>305</sup> En ce sens : C. constitutionnel, DC 17 mai 2013. Et V. arguments développés ci-dessus.

## 2. Le « genre » indifférencié

Le *gender*<sup>306</sup>, que nous traduirons par l'expression de « genre indifférencié »<sup>307</sup> représente un fondement sous-jacent du précédent. Un courant d'idées<sup>308</sup> accompagne les évolutions analysées : les Etudes de « genre »<sup>309</sup> ont actuellement le vent en poupe<sup>310</sup>, au nom de la condamnation du sexisme en tant que forme de stigmatisation et de discrimination : « *Il y a du sexisme observable dans certains secteurs de la population française, et il faut bien sûr le combattre par différents moyens. Mais il y a aussi un sexisme imaginaire, idéologiquement élaboré par divers groupes activistes, dont la raison d'être est de lancer des chasses aux sorcières, plus ou moins relayées par les dirigeants politiques. Et, comme les sociologues le savent depuis longtemps, la lutte contre les chimères produit des effets réels. Ce sexisme chimérique est au centre de la démonologie antisexiste contemporaine (...)* »<sup>311</sup>.

Par ce biais, la théorie dite « du genre » s'est peu à peu imposée : « *On n'étudie plus la littérature ni la peinture : on y chasse les stéréotypes et on y célèbre ce qui permet de brouiller les codes sexués (...). La sortie de l'homme de sa condition de minorité sera donc accomplie lorsque l'existence aura congédié le donné et que les appartenances qui distinguent encore les individus seront autant de possibilités offertes à tout un chacun dans le grand self-service de l'univers...* »<sup>312</sup>.

Selon le Docteur Colette Chiland, médecin spécialiste du transsexualisme, cette théorie n'a aucun fondement scientifique<sup>313</sup>.

La perspective de genre repose sur des présupposés radicaux<sup>314</sup> qui dépassent<sup>315</sup> le débat sur l'égalité de l'homme et de la femme. Il est question<sup>316</sup> d'occulter<sup>317</sup> le sexe<sup>318</sup>, élément naturel

---

<sup>306</sup> J. Butler, *Gender Trouble, The subversion of Identity*, Routledge New York and London 1990.

<sup>307</sup> Cette expression renvoie en effet à la « théorie du genre » et non au mot « genre » qui renvoie à la distinction du féminin et du masculin.

<sup>308</sup> M. Douchy-Oudot, Les étapes juridiques de la déconstruction familiale, in *La réforme du mariage, approche critique sur les mutations familiales*, (M. Douchy-Oudot, sous la dir. de), éd. DMM 2013, pp. 11-31. V. encore : *Le droit à l'épreuve du genre* (J. Hautebert, sous la dir. de), *Cahiers internationaux d'Anthropologie Juridique* n°47, éd. Pulim, 2016.

<sup>309</sup> V. L'analyse de l'impact de telles études par le Professeur Bernard Debré, *Les valeurs de la République, Le Mariage pour tous*, janvier 2013, p. 13 et s.

<sup>310</sup> V. pour une rétrospective, G. Raoul-Cormeil, La question du genre dans le Code civil, *RRJ* 2009, p. 192 et s. V. encore *infra* pour l'analyse des textes et perspectives sous l'angle de notre sujet.

<sup>311</sup> P.-A. Taguieff, *Des Putes et des Hommes. Vers un ordre moral androphobe*, éd. Ring, 2016. Extr. de l'introduction.

<sup>312</sup> V. A. Finkielkraut, Qu'est-ce que la théorie du genre ? In *La seule exactitude*, éd. Stock 2015, pp. 72-74.

<sup>313</sup> C. Chiland, Dialogue entre sexe et genre, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, Elsevier Masson France.

<sup>314</sup> Le Docteur C. Chiland recommande pour cette raison de ne plus utiliser le mot « genre » dans les travaux scientifiques : Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité, *PSN* vol. 11, n° 4/2013.

<sup>315</sup> S. Agacinski, *Politique des sexes*, éd. Seuil, 1998 et, du même auteur, *Femme entre sexe et genre*, éd. Seuil, 2012.

<sup>316</sup> Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'avalanche des publications scientifiques expliquant ces dérives n'aient pas davantage de poids dans la genèse des réformes votées ou en cours de navette parlementaire.

<sup>317</sup> Voir de le supprimer à l'état civil, *V. C. civ. argentin*.

<sup>318</sup> C. Chiland, Enfants de transsexuels ou le sexe et le genre revisités, *Le Quotidien du médecin*, n° 9219, 8 février 2013 : « *On va si loin qu'on envisage de supprimer toute mention du sexe à l'état civil (...)* ».

et objectif<sup>319</sup> constaté dès la naissance, et d'y substituer des notions<sup>320</sup> totalement subjectives, donc variables : l'« orientation sexuelle » ou « identité<sup>321</sup> de genre ».

En droit, il n'est pas habituel d'ancrer la norme sur des comportements sexuels liés aux conceptions subjectives, donc par essence variables, de l'identité<sup>322</sup> : ce serait attentatoire à la vie privée que de le fixer statutairement. A raison de ce qu'il s'agit de fixer un « état » auquel sont attachées d'importantes conséquences juridiques, y compris au regard de la filiation, le Droit tient compte du donné<sup>323</sup> objectif, d'ordre naturel<sup>324</sup>, en l'occurrence le sexe.

Tandis que des journalistes s'écharpent à l'heure actuelle sur la question de l'existence de la « théorie du genre »<sup>325</sup>, les juristes savent bien que celle-ci fonde<sup>326</sup>, dans sa version radicale<sup>327</sup>, une déclaration de principe, rédigée sous l'égide du conseil de l'Europe<sup>328</sup>, mais non reprise dans un traité donc sans force contraignante pour les Etats. L'influence de tels principes progresse en Europe ainsi qu'en droit français<sup>329</sup>. Cette évolution repose sur l'introduction dans les textes de l'expression : « orientation sexuelle<sup>330</sup> ». S'y trouve parfois associée celle d'« identité de genre<sup>331</sup> ». Or, ces deux expressions ne devraient pas être associées. En effet, l'« orientation sexuelle » relève du domaine de la vie privée tandis que l'identité sexuée est un fait objectif constaté juridiquement à l'état civil et que l'on appelle à tort « identité sexuelle ou

---

<sup>319</sup> Le sexe est soit féminin soit masculin sous réserve des rares cas d'intersexuation : C. Chiland, *Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité*, préc. Le Docteur Chiland préfère le mot intersexuation à celui d'hermaphrodisme parce qu'il y a très rapidement assignation dans l'un ou l'autre sexe (celui qui se révèle dominant dans le cas particulier) pour permettre la bonne construction psychique de l'enfant. Le Docteur Chiland relève qu'il s'agit de cas particuliers et qu'il ne faut surtout pas tomber dans le voyeurisme, l'exagération ou la généralisation, en soulignant les dangers pour l'enfant et pour la société. Rappr. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., du 4 mai 2017, n° 531, préc. : « si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur », après avoir rappelé que : « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ».

<sup>320</sup> C. Chiland, *Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité*, *loc. cit.*

<sup>321</sup> Sur la distinction entre identité subjective et identité statutaire : A.-M. Leroyer, *La notion d'état des personnes*, in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica 2004, pp. 247-283.

<sup>322</sup> E. Badinter, *XY De l'identité masculine*, éd. Odile Jacob, Paris, 1992.

<sup>323</sup> Le donné n'est pas d'ordre culturel ; seules les conséquences sociales du donné relèvent du culturel, F. Héritier, *Masculin/féminin : la pensée de la différence*, éd. Odile Jacob, Paris, 1996.

<sup>324</sup> *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*

<sup>325</sup> D. Godefride, *La loi du genre*, Les belles lettres, 2015.

<sup>326</sup> *The Yogyakarta Principles, Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, 2006, [www.yogyartaprinciples.org](http://www.yogyartaprinciples.org). ; J. Pousson-Petit, *Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens*, in *L'identité de la personne humaine* (J. Pousson-Petit, sous la dir. de), éd. Bruylant, 2002. Et M. Peeters, *Le gender, une norme mondiale ?* Mame, 2013. Le *gender* est devenu une condition de l'aide au développement des pays en voie de développement. Pour une analyse critique des conséquences de telles pratiques : M. Messu, « Genre » et politique familiale à Cuba, in *Famille et corps : identité et transmission, Recherches familiales*, UNAF, n° 11, 2014, pp.131-151. Pour la Guinée, V. encore S. Maouloud Koïta, *Les rapports homme-femme en droit comparé franco-guinéen*, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 177-188.

<sup>327</sup> Il y a en effet dans les « Etudes de genre » des conceptions plus nuancées n'allant pas jusqu'à la suppression du sexe. Le genre est alors utilisé au sens grammatical du terme.

<sup>328</sup> Et depuis lors la référence en droit français et en droit européen aux expressions d'« orientation sexuelle » et d'« identité de genre » ne cessent de prospérer. Sur ces notions : G. Raoul Cormeil, *L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation*, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 101-134.

<sup>329</sup> Pour un recensement et une analyse des dispositions concernées, V. : E. Bruce-Rabillon, *Le genre et le droit français*, in *Le droit à l'épreuve du genre*, *op. cit.*, pp. 79-99.

<sup>330</sup> TFUE, art. 10 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 21.

<sup>331</sup> *The Yogyakarta Principles*, préc. V. aussi le rapport de T. Hammarbeng au Conseil de l'Europe, 2009, *Human Rights and Gender Identity*, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>.

de genre » sous l'influence des tenants de la théorie du « genre ». Comme le relève le Docteur Chiland, la possibilité de vivre une « orientation sexuelle » personnelle pourrait passer par des chemins moins douloureux que la quête d'une « identité de genre » qui trompe son monde<sup>332</sup>.

Le « genre indifférencié » explique<sup>333</sup> la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe (C. civ. art. 6-1 nouveau). Il n'a pas justifié pour l'instant l'ouverture de l'AMP<sup>334</sup> ou de la GPA à leur profit, contrairement à ce qui a été décidé dans quelques autres pays (v. *infra*). La loi française de 2013 permet toutefois de fonder d'ores et déjà sur le territoire français la validité d'adoptions par la compagne de la mère d'un enfant né à la suite d'une AMP avec tiers donneur anonyme<sup>335</sup> et a favorisé les effets de maternités de substitution organisées à l'étranger (v. *infra*).

Sur le fondement de l'« identité de genre », il est de plus en plus ouvertement suggéré de faire disparaître toute référence au sexe dans les actes de l'état civil<sup>336</sup>. L'individu serait, dès lors, asexué. Cela permettrait, selon les tenants de ces « théories » et sans s'embarrasser des répercussions de telles réformes sur la population, de résoudre les difficultés liées aux situations complexes des « transgenres » dans l'accès au mariage et à la filiation<sup>337</sup>.

Citons le Docteur Chiland<sup>338</sup>, spécialiste du transsexualisme reconnu à l'échelle internationale : « *Dans la presse, on fait publicité à des crèches de Stockholm (Nicolaigarden et Egalia) où l'on vise à effacer toute différence entre filles et garçons, y compris en supprimant l'emploi des pronoms personnels et en inventant un pronom neutre qui n'existe pas dans la langue suédoise : personne ne doit leur dire qu'ils sont un garçon ou une fille, c'est à eux de décider. Ces crèches mettent en œuvre ce que des membres de la World Professional Association for Transgender Health (parents ou professionnels) ont proclamé à Atlanta en septembre 2011<sup>339</sup> : ce serait un droit fondamental de choisir son sexe/genre. En France, à Saint-Ouen, dans la banlieue de Paris, la crèche Bourdarias s'efforce de même de supprimer tous les stéréotypes sexués<sup>340</sup>, ce qui aurait eu l'approbation de deux ministres visitant cette crèche. On croit que pour établir l'égalité sociale des droits, il faut supprimer les différences de nature. On ne peut pas effacer la différence liée au sexe, parce qu'elle a un sens biologique et joue un rôle dans la perpétuation*

---

<sup>332</sup> : *Dialogue entre genre et sexe, loc. cit.*

<sup>333</sup> Aucune autre explication juridique du nouvel article 6-1 du Code civil ne peut être avancée, l'égalité en droits ne supposant pas en tant que telle la suppression de l'identité sexuée dans le raisonnement mis en œuvre, seule l'égalité absolue supposant la confusion totale (donc la destruction corrélative de leur singularité) des sujets passant en l'occurrence par la suppression du sexe dans le raisonnement analogique. Pour la démonstration, v. C. Brunetti-Pons, L'égalité en droit de la famille, *RLDC*, juin 2013, pp. 73-78, et, du même auteur, v. La distinction de l'homme et de la femme ; approche pluridisciplinaire, *RRJ*, PUAM 2004-1, pp. 589-612.

<sup>334</sup> Cependant, v. Proposition de loi modifiant l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique relatif à l'assistance médicale à la procréation, enregistrée à la Présidence du Sénat le 18 octobre 2016.

<sup>335</sup> Avis de la Cour de cassation du 22 sept. 2014, n° 15010 et 15011. Et v. le rapport de l'avocat général J.-D. Sarcelet.

<sup>336</sup> C. Chiland, Enfants de transsexuels ou le sexe et le genre revisité, *Le Quotidien du médecin*, n° 9219, 8 février 2013.

<sup>337</sup> D. Borillo, Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi, in *Le genre, une question de droit, Jurisprudence*, Revue critique, n° 2, 2011, pp. : 273-274. L'auteur met en évidence que, dès la naissance, l'individu est inscrit dans la « classe » féminine ou masculine, condition qui déterminera le reste de sa vie juridique. Cette logique binaire posant, selon lui, des problèmes spécifiques aux intersexuels et aux transsexuels, il propose la disparition de la catégorie « sexe » des actes de l'état civil.

<sup>338</sup> C. Chiland, *Dialogue entre genre et sexe*, Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence, Elsevier Masson France.

<sup>339</sup> *The Yogyakarta Principles*, préc.

<sup>340</sup> En faisant des expériences sur des enfants..., donc de façon autoritaire et dans un esprit totalitaire, alors que dans une fratrie ou à l'école, garçons et filles choisissent leurs jeux sans que cela ait une quelconque importance.

de la vie<sup>341</sup>. Ce contre quoi il faut lutter, c'est la hiérarchisation sociale<sup>342</sup> des différences et l'ethnocentrisme qui font le lit des discriminations et du racisme (...) ».

Dans les écrits cités, le Docteur Chiland invite les scientifiques à ne plus utiliser le mot « genre » à la place de « sexe<sup>343</sup> », parce que ce terme ne renvoie à aucune réalité objective et cherche à imposer le droit de choisir son sexe, ce qui trompe, relève l'auteur, au vu de l'impossibilité qu'il y a à choisir son sexe biologique<sup>344</sup>.

Au regard des conséquences extrêmes<sup>345</sup> qui résulteraient de la mise en œuvre d'une telle « théorie » (par exemple *a minima* suppression homme/ femme ; père/ mère<sup>346</sup> ; refonte totale du droit de la filiation<sup>347</sup>), les politiques et autres décisionnaires, y compris les juges, n'osent pas afficher le fondement du *gender* ainsi explicité.

C'est donc un autre fondement – un « fondement-vitrine » – qui se trouve associé à l'argument d'égalité : le droit à une vie familiale normale.

### 3. Le droit à une « vie familiale normale »

Les objectifs classiques du droit de la famille (enjeux de structures sociales<sup>348</sup>) « tranchent singulièrement avec l'idéologie contemporaine »<sup>349</sup> axée un individualisme passant par une demande de bonheur individuel concrétisé dans une famille « à sa main<sup>350</sup> ». Les droits

---

<sup>341</sup> Sans compter ici le rôle de cette différence dans la construction psychique, v. sur les répercussions d'ordre psychique, pages 306 et s.

<sup>342</sup> F. Héritier, *La pensée de la différence*, op. cit. : « la valeur différentielle des sexes ». V. aussi : E. Dhont-Isnard, Essai d'une approche transversale de la distinction homme/femme, in *La distinction de l'homme et de la femme*, op. cit., RRJ, PUAM 2004-2 (2), pp. 1479-1506. Et encore, v. D. Youf, Mari et femme : l'évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale, in *La distinction de l'homme et de la femme*, op. cit., RRJ, PUAM 2004-2 (2), pp. 1467-1477.

<sup>343</sup> V. ce mot in glossaire.

<sup>344</sup> C. Chiland, Dialogue entre genre et sexe, loc. cit. Extr. : « quand tu declares (parlant du genre) que c'est un droit humain que l'enfant décide de son sexe, tu leures l'enfant. Suppose que je sois une fille biologique et que je déclare, par exemple à trois ans, que je suis un garçon, cela ne me fera pas pousser un zizi, ne me donnera pas de spermatozoïdes (...) Toi, le genre, tu m'auras trompée : le mot n'est pas la chose. (...) ». Cela explique que face à une interrogation banale chez l'enfant qui cherche à affirmer son identité sexuée (en pleine construction dans la période de l'enfance), la démarche habituelle et raisonnable consiste à aider l'enfant à accepter ce qu'il est.

<sup>345</sup> Sans compter les dégâts d'ordre psychique pour la société toute entière que relèvent d'ores et déjà les médecins spécialistes de la question du transsexualisme, v. les travaux du Dr. C. Chiland, articles précités et *infra* pages 306 et s.

<sup>346</sup> Cela explique que, dans un premier temps, l'avant-projet de réforme du mariage ait supprimé les mots père et mère du Code civil et de tous les codes. Par la suite, l'idée d'introduire un principe d'assimilation à domaine limité entre couples de sexes différents et couples de même sexe (C. civ. art. 6-1) a permis de lévirer, mais en déformant les concepts même de père et mère.

<sup>347</sup> Proposée dans le rapport d'I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, à la demande du Ministère des affaires sociales et de la santé, du ministère délégué chargé de la famille, 2014.

<sup>348</sup> P. Murat, Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux, in *Archives de philosophie du droit*, tome 57, *La famille en mutation*, op. cit., pp. 258-300.

<sup>349</sup> P. Murat, Les transformations de la famille. Quel impact sur les finalités de l'adoption ? *Informations sociales* 2008/2, n° 146, loc. cit., pp. 20-33.

<sup>350</sup> M-A Frison-Roche, Une famille à sa main, in *Archives de philosophie du droit*, tome 57, *La famille en mutation*, op. cit., pp.249-269.

fondamentaux sont aujourd'hui invoqués au soutien des revendications de « droit à l'enfant », à la suite d'un déplacement de la vie familiale du sociétal vers la sphère privée.

#### **a. Un argumentaire plaçant les nouvelles revendications de « droit à l'enfant » dans la sphère privée**

Certains auteurs<sup>351</sup> considèrent que la décision de recourir à l'AMP relève de la sphère privée. Cette thèse rattache le « droit à l'enfant » au « droit à une vie familiale normale<sup>352</sup> ». Le raisonnement suivi conduit à apercevoir dans les droits fondamentaux de la personne consacrés par les Constitutions ou la Convention européenne des Droits de l'Homme<sup>353</sup> le fondement d'un tel droit. Dans cette vision libérale, la matière relève d'un choix individuel. Le glissement du droit « de » mener une vie familiale normale vers un droit « à » la famille comme je veux s'accomplit au nom de la liberté et sur le fondement de l'égalité (v. *supra*), en occultant *a minima* cette réalité que le libéralisme engendre des mécanismes de contrôle, voire un développement du répressif, et s'accompagne en notre domaine d'une prolifération de normes techniques sur lesquelles les patients ont peu de prise<sup>354</sup>.

Dans les Etats<sup>355</sup> où il appartient aux individus de s'assurer personnellement contre les risques médicaux et dans lesquels la place même de l'Etat dans la vie des individus est contestée, l'assistance médicale à la procréation obéit plus facilement au droit des contrats qu'en droit français, sans que cela évince pour autant le phénomène d'accroissement du nombre et de la technicité des règles, ni le développement de trafics contre lesquels les Etats se trouvent contraints -et cela devient alors une nécessité- de lutter. En outre, même dans ces pays, des interdictions d'ordre public soustraient certains pans des procréations médicalement assistées à la loi du marché, pour des considérations d'ordre moral ou philosophique.

Il y aussi des Etats dans lesquels les législations ou réglementations ont peu de poids, la misère conduisant en l'occurrence le marché de l'humain à imposer ses lois. Par exemple, les trafics d'organes prélevés sur les enfants des quartiers pauvres de pays comme le Mexique ou le Brésil n'ont pu être endigués par les interdictions normatives. Toutefois, l'interdiction est alors un *minima* qui permet d'éviter la banalisation de telles dérives attentatoires à la dignité humaine.

#### **b. Les corollaires et les limites**

Fonder un « droit à l'enfant » sur le « droit à une vie familiale normale », conçue en sa seule dimension de sphère privée, suppose de ne pas considérer l'enfant comme une personne sujet de droits à part entière<sup>356</sup>. En effet, si le seul élément à prendre en compte est la volonté des « procréateurs » (leur choix), cela signifie que la personne de l'enfant (son identité, ses droits

---

<sup>351</sup> I. Théry et A.-M. Leroyer, rapport préc.

<sup>352</sup> CEDH, 4 déc. 2007, *Dickinson c. Royaume-Uni*, req. n° 44362/04 ; CEDH, 6 nov. 2011, *SH et autres c/ Autriche*, req. n° 57813/00.

<sup>353</sup> La loi s'exposerait dès lors au « ridicule de vouloir départager Hippocrate et Galien », J. Rubellin-Devichi, *Génétiq ue, procréation et droit*, Actes Sud, 1985, not. v. p. 328.

<sup>354</sup> C. Labrusse-riou, *La famille en mutation*, op. cit., Propos conclusifs, pp. 485-499, spéc. p. 497.

<sup>355</sup> V. *Infra* droit comparé, p. 146 et s.

<sup>356</sup> V. *Supra* pages 56 et s.



fondamentaux, son bien-être<sup>357</sup>) n'entre pas en ligne de compte dans le processus normatif, seule la situation de fait créée par les adultes pesant *in fine*, dans une perspective plus sociologique que juridique.

- **Derrière un « droit à » instrumentalisé, une perspective sociologique.**

Dans une perspective de normativité sociologique, l'enfant deviendrait juridiquement objet de volonté ; il se contenterait d'être là, donc de subir<sup>358</sup> la situation créée par des adultes qui s'auto-déterminent<sup>359</sup> « procréateurs ». Le Droit ne jouerait plus alors clairement son rôle<sup>360</sup> de « tiers ».

Cela supposerait de remettre en cause les principes actuels du droit de la filiation. C'est la conclusion à laquelle aboutit un rapport intitulé « *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », rédigé sous la présidence d'une sociologue<sup>361</sup>. Le *leitmotiv* de la réforme du droit de la filiation proposée dans ce texte est le suivant : la filiation biologique et la filiation socio-affective (qui a été qualifiée dans la presse de filiation sociale) doivent être<sup>362</sup> placées sur un pied d'« égalité<sup>363</sup> ». La connaissance par l'enfant de ses origines en conséquence de la levée du principe d'anonymat permettrait<sup>364</sup> cette concomitance de la filiation biologique et de la filiation dite « sociale ».

Dans le rapport cité ci-dessus, ne se trouve évalué à aucun moment le rôle du droit<sup>365</sup> consistant notamment en l'occurrence à prendre en compte les besoins fondamentaux de l'enfant et à prévenir sa mise en danger. Pourtant, l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant y invite expressément.

Selon Jacques Commaille, un espace d'incertitude s'est ouvert et autorise « *l'expression d'une pluralité de normativités susceptibles de se confronter les unes aux autres*<sup>366</sup> », la pluralité nuisant à la connaissance<sup>367</sup> donc à l'expertise et, *in fine*, à la qualité de la Loi.

Construire la norme dans le seul but de consacrer juridiquement une situation de fait est-il responsable ?

Les propositions du rapport précité (« *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* ») consacraient explicitement un « droit

---

<sup>357</sup> Au sens de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant.

<sup>358</sup> *L'enfant oublié, op. cit.*

<sup>359</sup> D. Fenouillet, Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet, in *La famille en mutation*, préc., pp. 37-71.

<sup>360</sup> J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?* Folio essais, éd. Gallimard, oct. 2015.

<sup>361</sup> Préc.

<sup>362</sup> *Ibidem*, « une même filiation pour tous », p. 44.

<sup>363</sup> V. Les développements *supra* sur l'instrumentalisation du concept d'égalité dans les raisonnements actuels. Dans le sens des propositions développées dans le rapport Théry, V. *Homosexualité et parenté*, J. Courderies et A. Fine (sous la dir. de), Paris, Armand collin 2014. Et : D. Borillo, Mariage pour tous et filiation pour certains : les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe, *Droit et culture*, 69/2015-1, pp : 179-220.

<sup>364</sup> *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, préc.

<sup>365</sup> « *D'autres normativités sont à l'œuvre* » : J. Commaille, Préface, *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Brauner, (dir.), *op. cit.* pp. 5-8.

<sup>366</sup> *Ibidem*.

<sup>367</sup> *Ibidem* : « *Sans qu'il me revienne de traiter du thème lui-même, il convient néanmoins de souligner que la mise en relation de la biomédecine, de ses révolutions et de la parenté est effectivement susceptible de produire une véritable déflagration du point de vue de la connaissance.* »

à l'enfant » : les situations de « droit à l'enfant » deviendraient juridiquement contraignantes par divers procédés, spécialement celui de l'adoption<sup>368</sup>. Le « droit à l'enfant » pourrait être opposé aux parents véritables de l'enfant et à l'enfant lui-même. Comme le relève un auteur<sup>369</sup>, « la volonté s'avère le fondement idéal pour construire un droit de la filiation neutre en termes de genre ».

Il ne s'agit pour l'instant que de propositions et non du droit positif. Le droit français de la filiation consacre encore aujourd'hui des principes directeurs forts à la fois protecteurs de la filiation et de l'enfant (C. civ., art. 320, art. 323, 376, etc.). Toutefois, la loi du 17 mai 2013 et les décisions qui s'ensuivent ont introduit contradictions<sup>370</sup> et incohérences<sup>371</sup>. Le statut juridique de l'enfant est fragilisé<sup>372</sup>. Celui qui a la responsabilité d'édicter les normes a aussi le devoir d'en peser les conséquences.

#### - Les limites d'un fondement inapproprié :

En l'état du droit positif, le fondement du droit à une vie familiale normale offre-t-il à la Loi les moyens d'obtenir l'opposabilité d'un « droit à l'enfant » obtenu à l'étranger ? La Cour EDH, dans les affaires *Menesson et Labassée*<sup>373</sup>, a associé le « droit à une vie familiale normale » à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit au respect de la vie privée. Sur le même fondement<sup>374</sup>, la Cour de cassation reconnaît en 2015 une certaine opposabilité au « droit à l'enfant ». Suivant en cela la démarche initiée par la CEDH, la haute juridiction raisonne, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, en partant de la situation de fait dans laquelle se trouve l'enfant au jour de la prise de décision.

Ce raisonnement a sa cohérence s'agissant d'une décision d'espèce<sup>375</sup>. En revanche, il serait regrettable qu'un tel raccourci puisse dominer sous l'angle de l'élaboration d'une Loi. Par exemple, le fait qu'un organe ait été prélevé sur un enfant en bonne santé pour soigner une personne qui a les moyens de le payer très cher ne justifie pas l'acte monstrueux commis sur l'enfant. En se plaçant au jour de la décision et si la personne qu'il s'agit de soigner est un enfant, la juridiction décidera peut-être qu'il est de l'intérêt supérieur de cet enfant de bénéficier de la greffe d'organe obtenu par crime mais dont l'origine, soigneusement camouflée par hypothèse, demeure inconnue. La situation est constituée : l'organe a été prélevé et peut à présent servir à sauver la vie d'un autre enfant... Une telle décision n'enlève pas son intérêt à la norme qui interdit les trafics d'organe, fort heureusement.

---

<sup>368</sup> V. Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section II, § 2, pages 225 et s.

<sup>369</sup> M. Pichard : Filiation : quelle place pour la volonté ? in *Famille pour tous ?* 2015/2, n° 82, pp : 141-147, éd. La Découverte.

<sup>370</sup> G. Choisel, D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction, réflexions sur l'étendue des conséquences juridiques de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, *RTD civ.* 2015, n° 3, pp. 505-516.

<sup>371</sup> V. *L'institué : Le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit. *L'enfant oublié*, op. cit. Et V. déjà sur cette problématique, C. Labrusse-Riou, La filiation en mal d'institution, in *Ecrits de bioéthique*, textes écrits et présentés par M. Fabre-Magnan, PUF Quadrige, 2007, p. 327.

<sup>372</sup> V. *Infra* Partie II, Chapitre I.

<sup>373</sup> V. aussi CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, req. n° 9063/14 et 10410/14 ; CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c/ France*, req. n° 44024/13, v. obs. I. Corpart : GPA : nouveau coup de semonce contre la France par la CEDH, *RJPF* mars 2017, 2017-3/11.

<sup>374</sup> V. *Infra* l'analyse de cette jurisprudence, pages 219 et s.

<sup>375</sup> Sur les modes d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, v. *Supra* Partie I, Chapitre I, Section I, § 2- B, pages 52 et s. et *infra* Partie II, Chapitre I, Section I, § 1-B, pages 197 et s.

Il peut s'avérer nécessaire de concilier des principes ou des droits contradictoires au regard d'une espèce. Alors, il convient de faire au mieux dans la situation donnée, mais pas de remettre en cause, pour autant, le principe. C'est, par exemple, ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 3 juillet 2015 sur la question des effets de conventions de gestation pour le compte d'autrui valablement conclues à l'étranger.

En droit de la filiation, la réflexion mérite d'être menée avec le souci de mettre à jour quelles sont les normes, en amont, qui satisfont l'intérêt supérieur de l'enfant, son bien-être, ses droits et ses besoins fondamentaux<sup>376</sup>. La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant nous y invite. Juridiquement, il s'agit d'un engagement pour les Etats signataires. Avec l'arrêt *Paradiso et Campanelli c/ Italie*<sup>377</sup> rendu par la grande chambre, la Cour européenne semble se diriger dans cette voie. Non seulement la Cour justifie le caractère urgent de la procédure par « le risque que le simple écoulement du temps n'amène à une résolution de l'affaire » (§ 213), mais encore, elle énonce clairement dans sa conclusion que : « la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent » (§ 215).

---

<sup>376</sup> En ce sens, pour le domaine de la protection de l'enfance : *Démarche de consensus sur les besoins fondamentaux de l'enfant en protection de l'enfance*, Rapport remis par Dr Marie-Paule Martin-Blachais à L. Rossignol, Ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes, 28 fév. 2017.

<sup>377</sup> CEDH 24 janv. 2017, Gr. ch, req. n° 25358/12, préc. Sur l'analyse de la jurisprudence européenne V. *Infra* Partie II, Chapitre II, Section II, § 3, pages 268 et s.

## Section II. Le glossaire

**Adoption** : Mode de création d'un lien de filiation entre un enfant déjà né d'une part et deux époux ou une personne d'autre part, après accomplissement de formalités légales ayant notamment pour but de vérifier si l'intérêt de l'enfant sera sauvegardé.

**Aliénation** : action et résultat du transfert de droit réel du patrimoine d'une personne à celui d'une autre.

**AMP** : *assistance médicale à la procréation* (v. ce terme) qu'il convient de distinguer de la procréation médicalement assistée (v. ce terme).

**Assistance médicale à la procréation** : variété de procréation médicalement assistée *lato sensu* (v. ce terme) qui désigne les procédés par lesquels deux personnes éprouvant des difficultés à donner la vie à un enfant recourent à la médecine afin d'y parvenir<sup>378</sup>. Il nous semble que le terme ne doit pas être utilisé pour désigner le recours à la science médicale pour pallier l'impossibilité physiologique de personnes de même sexe à procréer. En effet, « *procréation* » (du lat. *procreare*, de *pro*, pour et *creare*, créer) suppose certes le but d'engendrer, mais le mot « médical » (du lat. « qui appartient à la médecine », qui est « propre à guérir ») suppose que cette intervention ait pour *but de guérir*, c'est-à-dire de « délivrer de maladie, faire revenir en santé » (Littré, sens 1). Surtout, l'assistance (du latin *adsistere*, de *ad*, à, et de *sistere*, être debout : être debout auprès), désigne une aide et non une substitution dans la charge. L'assistance doit se réduire à aider celui ou celle qui éprouve des difficultés à accomplir seul quelque chose. Or, produire à la place d'autrui ce qu'il est physiologiquement inapte à produire lui-même n'est pas l'assister mais le remplacer. Ainsi, si l'on entend ouvrir l'« assistance médicale à la procréation » à une patientèle dont l'impossibilité à engendrer ne résulte pas d'une maladie mais d'un état physiologique (leurs sexes non complémentaires), les termes « médical » et « assistance » induiront en erreur.

**Endogène** : AMP réalisée avec le matériel génétique du couple (syn. *homologue*).

**Exogène** : AMP nécessitant un apport provenant d'un tiers donneur (personne extérieure au couple) à raison d'une incapacité du couple de procréer en utilisant leurs seuls gamètes (syn. *hétérologue*). V. égal. *IAD*.

**Bioéthique** : A la fois descriptive et prescriptive, la bioéthique s'efforce de marquer les limites morales du scientifiquement possible (ex. : clonage, diagnostic prénatal, gestation artificielle, PMA, euthanasie, prélèvement d'organes, etc.). Contrairement à l'éthique médicale ou à la déontologie médicale, la bioéthique constitue un champ de réflexion pluridisciplinaire qui associe notamment la biologie, la génétique, la philosophie, la sociologie, la théologie, le droit.

**Biologique** : qui concerne la biologie, c'est-à-dire la science qui a pour objet l'étude des êtres organisés.

---

<sup>378</sup> L'article L. 2141-1 CSP les définit comme des « *pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». L'article précise que « *la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine.* »

**Capacité** : aptitude d'une personne à jouir (capacité de jouissance) ou à exercer par soi-même (capacité d'exercice) les droits et obligations dont elle est titulaire.

**Célibataire** : personne non mariée.

**Chose** : entité corporelle ou incorporelle à laquelle le droit ne reconnaît pas la personnalité juridique, quoiqu'elle soit le cas échéant dotée de vie. (v. égal. *être vivant et personne*).

**Commanditaire** : terme dont l'utilisation naturelle en droit des sociétés (où il désigne le « membre d'une société en commandite qui, apporteur de capitaux, seul ou avec d'autres commanditaires, est exclu de la gestion, n'a pas la qualité de commerçant et n'est tenu des dettes sociales que dans la limite de son apport »), a incité à exclure qu'il puisse être utilisé pour désigner la personne qui prend l'initiative de recourir à une gestation par personne interposée. Le terme a donc été rejeté au profit de celui d'« *initiatrice* » (v. ce terme). Toutefois, le terme commanditaire sera parfois utilisé lorsque se trouve justifiée la transposition d'une notion de droit commercial au droit des personnes et de la famille. Ce sera le cas dans la première partie du processus de GPA : lorsque l'initiatrice met des capitaux dans une opération à but lucratif impliquant des relais (société intermédiaire notamment).

**Conception** : (de *cum*, avec et *capere*, prendre, contenir) action, phénomène et résultat consistant en la formation des animaux au sein de la mère. La conception suppose une maturation interne de l'être (ou par extension de l'objet) formé que ne supposent pas d'autres mécanismes de création (V. par exemple *construction, fabrication et production*).

**Construction** : action et résultat d'assembler des matériaux afin de former quelque chose qui ait structure. Le terme est inadéquat en ce qui concerne la création d'un enfant car l'assemblage initial ne présente pas de structure, celle-ci étant produite durant la gestation en respectant le plan d'architecte contenu dans l'ADN des gamètes (v. égal. *fabrication, production* et comparer avec *conception*).

**Contrat de don de gamètes** : contrat par lequel l'une des parties (le donneur) transfère à titre gratuit la propriété de ses gamètes à une autre (centre de PMA ou couple désireux d'avoir un enfant ou gestatrice) en s'engageant à ne jamais essayer d'en connaître l'identité (don de gamète femelle) ou bien à garder secret le don effectué (don de gamètes mâles).

**Contrat de gestation par personne interposée** : contrat ayant pour objet d'organiser les droits et obligations des parties ayant convenu que l'une d'elles (la *gestatrice*, v. ce terme) portera jusqu'à son terme un enfant dont la filiation sera établie à l'égard de l'autre (*l'initiatrice*, v. ce terme). Ce contrat contient les deux *negotia* de *louage de ventre* (v. ce terme) et de *contrat de substitution de mère dans un rapport de filiation* (v. ce terme) et peut être diligé ou favorisé par un tiers (v. *entremise*).

**Contrat de grossesse pour autrui** : v. *contrat de gestation par personne interposée*.

**Contrat de louage de ventre** : premier des 2 *negotia* nécessairement contenus dans le contrat de gestation par personne interposée (v. ce terme), le contrat de louage de ventre a pour objet de régir la mise à disposition (sans dépossession) du ventre de la gestatrice (v. ce terme) durant le temps de la gestation. En tant que portant sur un élément du corps humain, l'illicéité d'une telle mise à disposition mérite d'être soulignée. Ce contrat heurte en effet le principe

d'indisponibilité du corps humain (v. ce terme). L'illicéité contamine jusqu'aux tiers qui le favorisent (v. *entremise*)

**Contrat de mise à disposition d'un ventre** : v. *contrat de louage de ventre*.

**Contrat de substitution de mère dans un rapport de filiation** : contrat illicite par lequel est organisé la renonciation de l'une des parties (mère renonçante) en faveur de l'autre partie (substituaire) de sa qualité de mère de l'enfant qu'elle s'engage à concevoir (v. *conception*). Quand il est inclus dans l'opération de gestation par personne interposée (v. ce terme), le contrat de substitution de mère dans un rapport de filiation est dénommé « convention de maternité de substitution » (v. ce terme).

Qu'il intervienne en cours de vie de l'enfant, ou bien à l'occasion de sa conception (à l'occasion d'une opération de gestation par personne interposée, v. ce terme), ce *negotium* est illicite comme contrevenant à l'indisponibilité de l'état des personnes.

**Contrat de travail** : contrat par lequel l'une des parties (le salarié) fournit sa force de travail (physique ou intellectuelle) en contrepartie du salaire versé par l'autre partie (l'employeur).

**Contrat de vente** : contrat par lequel l'une des parties (le vendeur) aliène une chose (ce qui emporte transfert de droit réel sur cette chose et obligation de délivrance de cette dernière) à titre onéreux en faveur d'une autre (l'acheteur), en contrepartie du paiement du prix. Puisque la vente d'enfant est prohibée, la convention qui a pour objet d'aliéner à titre onéreux tout ou partie du matériel génétique nécessaire à sa conception doit l'être pareillement. (V. à l'inverse, la licéité à raison de son caractère gratuit, du contrat de don de gamète).

**Convention de maternité de substitution** : dénomination du *contrat de gestation par personne interposée* (v. ce terme) dont l'utilisation est préférable. Le terme « *substitution* », en effet, est utilisé en droit des contrats, généralement pour tenter d'adouber un phénomène que le droit rejeterait si on le nommait cession (ex. : cession de dette, cession de contrat dans une certaine mesure<sup>379</sup>). Or justement, dans l'expression « maternité de substitution », le terme « *maternité* » (du latin *mater*, mère : qui a la qualité de mère...) est utilisé non pas pour désigner la qualité d'une personne mais pour décrire une situation... peu importe que l'on prétende substituer une mère ou bien la qualité de celle qui ne l'est pas encore, la maternité de substitution n'est ni celle de la gestatrice (mère porteuse), ni celle de l'initiatrice (« mère » d'intention)... c'est la situation dans laquelle la convention à laquelle elles ont consentie les placent toutes deux... en réalité, dans cette expression, c'est le mot « substitution » qui pose problème ... car la maternité est une qualité insubstituable, et cette dénomination renvoie d'ailleurs aux délits de simulation, de substitution d'enfant et d'entremise (v. ces mots).

**Corps humain** : structure chimique complexe constituant tout être humain (qualifié juridiquement *per se* de personne physique) qui, l'inscrivant dans son environnement, est composée d'organes permettant, sauf malformation, maladie ou accident, notamment son activité, sa motricité, sa nutrition et sa reproduction.

---

<sup>379</sup> E. Jeuland, *De la substitution de contractant dans un rapport d'obligation*, préf. L. Cadiet, LGDJ, 1999. Or, même lorsqu'elle est ouverte par ce détour, la substitution est ponctuellement exclue. La loi de 1993 prohibe la substitution de professionnels de l'immobilier dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble. On observe que le droit écarte ici la substitution à raison des effets indésirables qu'elle entraînerait sur le marché immobilier : l'inflation des prix de l'immobilier. Sans surprise, et sous cette dernière réserve, la cession de dette et la cession de contrat ont été validées par l'ordonnance du 10 février 2016 après une phase d'acclimatation linguistique.

**Couple** : dénomination donnée à deux personnes de sexe opposé ou de même sexe, unis par des sentiments d'affection réciproques et désirant faire face ensemble aux aléas de l'existence. Si le lien entre eux n'est que d'intérêt, il conviendrait de parler de simple « association ».

**Détention (précaire)** : fait de détenir le *corpus* d'une chose en vertu d'un acte non translatif de propriété, donc sans *animus* (c'est-à-dire sans volonté de se comporter en propriétaire de cette chose). On pourrait songer à considérer qu'en cas de GPA, la gestatrice n'est que détenteur précaire de l'embryon dont le *corpus* lui a été sinon « remis » du moins implanté. Néanmoins, ce statut a vocation à disparaître avant même la restitution (qu'il suppose habituellement), dès le moment où le statut de personne est reconnu à l'enfant. V. égal. *possession*.

**Dignité (principe de)** : La dignité se dit de ce qui porte éminence et noblesse. Tel est la qualité que s'attribue l'humanité et qu'elle reconnaît à chacun des êtres qui la composent. Le principe de dignité de la personne impose alors que chacun manifeste à l'égard de l'autre un comportement respectueux des droits qui lui sont inhérents (droits de la personnalité singulièrement, droits familiaux le cas échéant). Selon la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, « *La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Selon l'article 16 du Code civil français, « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Touchant à l'essence de la personne, le principe de dignité est d'abord une valeur mais, consacré par des textes en vigueur, il est juridiquement contraignant. L'inviolabilité de la dignité est à la fois un principe objectif du droit et un droit subjectif dont peut se prévaloir tout individu. La dignité n'a pas pour autant été positivement définie<sup>380</sup>. A l'instar de l'ordre public<sup>381</sup>, la dignité est définie négativement à partir des violations susceptibles d'atteindre la dignité humaine en jurisprudence. Certains principes relèvent ainsi du principe de dignité : par exemple, le principe d'indisponibilité et de protection du corps humain.

**Don de gamète** : voir *contrat de don de gamète*.

**Donneuse de gamète femelle** : personne de sexe féminin qui fait don d'un ovule (au moins) à un couple qui en est dépourvu soit pour raison médicale (une maladie ou par suite d'une opération antérieure) soit pour raison physiologique (homosexualité). La donneuse de gamète femelle assume généralement le rôle de *gestatrice* (v. ce terme). A défaut, l'ovule sera implanté soit dans le corps de l'une des initiataires à la GPA s'il s'agit de femmes, soit dans le corps d'une autre femme (gestatrice) s'il s'agit de deux hommes.

**Donneur de gamètes males** : personne de sexe masculin qui fait le don de ses spermatozoïdes à un couple qui en est dépourvu soit pour raison médicale (une maladie ou par suite d'une opération antérieure) soit pour raison physiologique (homosexualité de deux femmes).

---

<sup>380</sup> Sur la notion, V. : M. Fabre-Magnan, Le statut juridique du principe de dignité, *Droits*, 58, 2013, pp. 167 et s. ; M. Tereschenko, Le principe de dignité, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit., pp. 61-67. Pour une analyse du droit allemand en la matière : F. Furkel, Le rôle essentiel du droit à la dignité, pierre angulaire de la loi fondamentale, dans la protection du corps humain en matière de biomédecine, *préc.*

<sup>381</sup> Que l'on appréhende à partir des hypothèses de désordre public : Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public*, *Etude de droit comparé*, sous la dir. de P. Esmein, éd. Matot-Braine, thèse 1951, publiée en 1953.

**Droit à l'enfant** : Prérogative dont l'existence n'est pas certaine, mais revendiquée par les personnes éprouvant des difficultés (ou une impossibilité) à engendrer afin de justifier la permission du droit et l'aide de la science dans la poursuite de leur désir de parenté. De fait, le « droit à l'enfant » est pour l'heure davantage un argument en faveur de l'extension du champ de licéité de la GPA et de l'AMP en dehors de leur carcan médical, qu'une prérogative reconnue ou devant l'être absolument<sup>382</sup>.

**Droit de l'enfant** : désigne l'ensemble des règles juridiques qui attraient au statut, aux droits et aux obligations de l'enfant.

**Droits de l'enfant** : ensemble des prérogatives reconnues à l'enfant en sa qualité de personne placée dans la période initiale de sa vie que l'on appelle enfance.

**Droit de l'enfance** : désigne l'ensemble des règles juridiques applicables et des institutions compétentes à l'égard des personnes physiques durant la période d'enfance.

**Droit de la famille** : désigne l'ensemble des règles juridiques d'ordre patrimonial et extrapatrimonial qui régissent les rapports de famille.

**Droit de la filiation** : désigne l'ensemble des règles juridiques qui déterminent l'établissement d'une filiation et son éventuelle contestation.

**Droits de l'homme** : désigne l'ensemble des prérogatives considérées comme appartenant naturellement à tout être humain (« homme » est ici entendu dans un sens large qui inclut tous les êtres humains quel que soit leur sexe ou leur âge) et dont le Droit impose la protection et le respect à l'Etat. (V. également *Human rights*).

**Droit d'option** : variété de droit potestatif consistant dans une faculté dont l'objet est de déclencher par un acte unilatéral de volonté l'application d'une norme juridique préexistante mais dénuée jusque-là de caractère juridiquement obligatoire.

**Droit de rétractation** : variété de droit potestatif consistant dans une faculté reconnue à l'une des parties à un contrat, en vertu de la loi ou de la convention, de rendre caduque, par une déclaration de volonté contraire manifestée dans un laps de temps déterminé, le consentement qui avait été préalablement donné à un acte. Si la licéité de la gestation par personne interposée venait à être reconnue, il conviendrait que jamais un tel droit ne soit octroyé à l'initiateur de maternité ou à la gestatrice à l'issue de la gestation (l'enfant, abandonné par la gestatrice, serait pareillement dédaigné par l'initiateur). Une telle évolution violerait le principe de l'indisponibilité de la filiation : « Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation » (C. civ. art. 323). V. également « *droit d'option* ».

**Embryon** : (du grec ancien ἔμβρυον / émbryon), nom donné au zygote depuis sa première division jusqu'au stade où les principaux organes sont formés. On parle alors de *fœtus* (v. ce terme).

**Embryonnaire** : qui se rapporte à l'embryon.

**Endogène** : v. *Assistance médicale à la procréation*.

---

<sup>382</sup>Pour un approfondissement de la question, v. *Supra* même chapitre, Section 1 § 3, p. 58 et s.



**Enfant** : (du lat. *infantem*, enfant, de *in*, non, et *fari*, parler, l'enfant désigne étymologiquement *celui qui ne parle pas*), variété d'être vivant du genre humain se caractérisant par son jeune âge. Si Emile Littré propose l'emploi du terme « depuis la naissance jusque vers la septième année, et, dans le langage général, un peu au-delà, jusqu'à treize ou quatorze ans », la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant de 1989 étend le statut d'« enfant » à « [...] *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ».

**Intérêt supérieur de l'** : paramètre retenu comme « considération primordiale [...] dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs » (principe posé à l'article 3-1 de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant de 1989). Le Président du comité des droits de l'enfant de l'ONU le définit comme « *un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physiques, psychique et social.* »

**La survie et le développement de l'** : principe posé à l'article 6 de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant de 1989.

**non-conformité de l'** : situation dans laquelle les caractéristiques de l'enfant résultant d'une gestation ne correspondraient pas à celles qui avaient été convenues (ex. : enfant handicapé). L'existence d'une garantie en cette matière ne doit pas être concédée car elle permettrait à l'initiateur de rétracter sa volonté, ce qui serait faire peu de cas du sort de l'enfant ainsi créé. V. *droit de rétractation*.

**Enfantement** : action de donner le jour à un enfant après l'avoir porté. C'est habituellement la mère qui enfante, tandis que, dans le contrat de gestation par personne interposée, c'est la gestatrice (à laquelle le statut de mère est refusé) qui enfante. Dans la gestation par personne interposée, la gestatrice est toutefois juridiquement mère à la naissance de l'enfant, dans la plupart des cas. C'est alors un jugement ou une décision administrative d'inscription à l'état civil qui substitue à la maternité initiale celle de l'initiateur.

**Entremise** : contrat illicite et infraction par laquelle une personne s'emploie en faveur d'une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre. L'entremise n'est réprimée à l'article 227-12 du code pénal (Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994) qu'au regard d'une maternité de substitution (v. ce terme), indépendamment d'une éventuelle dissimulation ou simulation d'état civil (v. ces mots).

**Etat** : du latin *status*, désigne une manière d'être fixe et durable.

**des personnes** : selon le Vocabulaire juridique Capitant, il s'agit de « *l'ensemble des éléments qui concourent à identifier et individualiser chaque personne dans la société* » tels qu'ils sont constatés dans les actes d'états civils, et « *conséquences juridiques qui [en] découlent* ».

**Etat civil** : Condition d'une personne telle qu'elle résulte des actes qui constatent les rapports de parenté, de mariage, et les autres faits de la vie civile (naissance, décès, divorce, etc.).

**Actes de l'** : actes (de naissance, de mariage, de décès) dressés par un officier d'Etat civil qui constatent les rapports de filiation, d'union et autres faits de la vie civile d'une personne.

**Registres de l'** : registres qui constatent l'état civil des personnes.

**Etre humain** : variété d'être vivant constitué d'un corps humain (le cas échéant malformé) et disposant à ce titre de la personnalité juridique attribuée aux personnes physiques.

**Etre vivant** : entité qui naît, grandit, se nourrit, se reproduit et meurt.

**Exogène** : v. *Assistance médicale à la procréation*.

**Fabrication** : (du lat. *fabricare*, de *faber*, qui vient de *facere*, faire), selon Littré, désigne « l'art ou l'action de fabriquer », c'est-à-dire de « faire certains ouvrages par des procédés mécaniques » (v. égal. *construction* et *production*).

**Famille** : La famille (du lat. *familia*, famille, *famulus*, serviteur, de l'osque *famel*, serviteur, à partir de *faama*, maison) est un tout qui englobe, qui marie, qui unit, l'un et l'autre parent ainsi que leur filiation.

**Fécondation** : stade de la reproduction sexuée au cours duquel s'opère la fusion des gamètes mâle et femelle en une cellule unique nommée *zygote* (v. ce terme).

**in vitro** : Technique de reproduction consistant à reproduire en laboratoire le processus de fécondation ainsi que les premières heures de développement de l'embryon (2 à 3 jours), qui se produisent normalement dans les trompes de la femme.

**Femme** : Etre vivant de sexe féminin auquel la personnalité juridique est reconnue. Seule une femme peut devenir mère (v. ce terme).

**Gestante** : (du latin *gestans*, participe présent du verbe *gestō*, en gestation), peut qualifier la femme qui porte l'enfant. « Femme gestante » est ainsi synonyme de gestatrice. v. ce terme.

**Filiation** : la filiation désigne, du point de vue de l'enfant, un lien de droit (une ligne et non une sphère au contraire de la famille) entre l'enfant et une personne qui se voit reconnaître la qualité de parent (V. égal. *parentalité*), avec les conséquences juridiques qui en résultent. V. *procréateur*.

**maternelle** : filiation constituée du lien établi entre l'enfant et sa mère.

**paternelle** : filiation constituée du lien établi entre l'enfant et son père.

**FIV** : voir *fécondation in vitro*

**Fœtal** : qui se rapporte au fœtus.

**Fraude** : acte juridique accompli avec mauvaise foi, afin soit d'obtenir des droits qui ne nous seraient, sans cela, pas accordés, soit de renier les droits accordés à d'autres.

**à la loi** : variété de fraude, dont le domaine de prédilection – sans être exclusif – est le droit international, et consistant pour un sujet de droit à agir sur les facteurs de rattachement d'une règle de droit afin d'éviter l'application d'une règle impérative (prescriptive ou prohibitive) et déclencher l'application d'une règle normalement incompétente. Par exemple : la pratique consistant, pour un ressortissant français, à faire procéder à une gestation par personne interposée sur le territoire d'un ordre juridique où elle n'est pas interdite, en prétendant ensuite à ce que l'ordre juridique français tire, au seul regard de la filiation, les conséquences juridiques de la situation de fait ainsi créée.

**aux droits des tiers** : variété de fraude consistant pour un sujet de droits à agir dans le but de s'affranchir de ses obligations ou de priver de leurs droits les tiers (ex. : fraude paulienne).

**Vie (fœtale)** : stade durant lequel a lieu le développement et la maturation des principaux organes.

**Fœtus** : Nom que l'on donne au zygote au cours du stade du développement prénatal dès que les principaux organes et tissus sont formés et jusqu'à la naissance. Il s'agit d'un stade postérieur à celui d'embryon.

**Fruit** : toute chose produite par une autre sans altération de la substance de cette dernière. Ainsi, du lait, des ovules, de la moelle épinière, du sang, du sperme, *etc.* sont des fruits du corps humain. V. égal. *produit*.

**Gamète** : (de « *γαμέτης* », *gamétês* et « *γαμέτις* », *gamétis* qui, en grec ancien, désignent respectivement l'époux et l'épouse), nom que l'on donne à une cellule reproductrice arrivée à maturité, capable de fusionner avec un gamète de type complémentaire, afin d'engendrer une nouvelle génération d'un être vivant donné.

**Gender** : de l'anglais, *genre*, au sens grammatical et non sexuel, le *gender* a fourni le germe de la théorie du « *genre indifférencié* » (v. ce terme).

**Genre indifférencié** : théorie issue du *gender* (v. ce terme), selon laquelle il conviendrait de neutraliser la précision des genres dans la langue (ce à quoi l'usage du pronom « *it* » dans la langue anglaise parvient parfaitement) afin, *in fine*, de la neutraliser dans la perception sociale. Le sexe physiologique ne serait qu'un accident (Judith Butler) sans autre conséquence que celle que la société lui attribue, et sa mise en avant pour distinguer les individus ne serait que culturelle. A partir du « *on ne naît pas femme on le devient* » de Simone de Beauvoir, Judith Butler emporte donc en quelque sorte vers un « *on n'est pas femme, on le devient* ». En présence de revendications individuelles (telles que le désir d'union matrimoniale ou le désir d'enfant), la Société et, plus généralement, l'Ordre juridique sont alors invités à prendre position à raison de l'orientation sexuelle manifestée plutôt qu'à raison de la réalité physiologique constatée. (v. égal. *transsexualisme*).

**Gestation** : Activité et état physiologique dans lequel se trouve une femelle vivipare du stade de la fécondation jusqu'à l'accouchement. Chez les humains, on devrait lui préférer celui de grossesse.

**pour le compte d'autrui** : procédé par lequel l'activité de gestation est assurée par une autre personne que celle qui prétend devenir mère, mais pour le compte de cette dernière. L'expression n'est pas satisfaisante car elle instille l'idée d'un acte de bienveillance et d'altruisme qui, au cas particulier pourtant, ne correspondra que très rarement à la réalité.

**par personne interposée** : afin d'explicitier le mécanisme de GPA, l'expression nous paraît hautement préférable à celle de « gestation pour le compte d'autrui » (v. ce terme) à raison des imperfections de cette dernière. Toute gestation par personne interposée ne suppose pas l'intervention de la médecine, et n'est donc pas constitutive d'*assistance médicale à la procréation* (v. ce terme). Ex. : l'insémination naturelle par un homme homosexuel, d'une femme prétendant renoncer à sa qualité de mère de l'enfant à naître. La GPA est une variété de *procréation par personne interposée* (v. ce terme).

**artificielle** : v. *utérus artificiel*.

**Gestatrice** : (du lat. *gestatrix*, porteuse, dérivé de *gestare*, fréquentatif de *gerere*, porter), la gestatrice désigne celle qui porte l'œuf (v. égal. *les termes zygote, fœtus et embryon*).

**GPA** : voir *gestation pour le compte d'autrui* et *gestation par personne interposée*.

**Grossesse** : Activité et état physiologique dans lequel se trouve une femme du stade de la fécondation jusqu'à l'accouchement.

**Hétérologue** : syn. *exogène*.

**Homme** : être vivant de sexe masculin auquel est reconnue la personnalité juridique. Seul un homme peut devenir père (v. ce terme).

**Homologue** : syn. *endogène*.

**Human rights** : expression anglo-saxonne qui désigne les « droits de l'homme » sans le risque de laisser entendre que de tels droits ne sont reconnus qu'aux seuls êtres humains de sexe masculin.

**IA** : voir *insémination artificielle*.

**IAC** : Insémination artificielle avec apport des gamètes du conjoint (syn. *endogène* ou *homologue*).

**IAD** : Insémination artificielle avec apport des gamètes d'un tiers donneur (syn. *exogène* ou *hétérologue*). Nous portons en italique l'unicité de tiers-donneur car l'article L. 2141-3 alinéa 1 du code de la santé publique<sup>383</sup> interdit que l'apport exogène soit total.

**ICSI** : voir *introduction médicale d'un spermatozoïde dans l'ovule*.

**IMG** : voir *interruption médicale de grossesse*.

---

<sup>383</sup> Lequel dispose qu'un embryon « ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple ».

**IMSI** : Il s'agit d'une ICSI à fort grossissement (5000 à 10000 fois au lieu de 200 à 400 fois en ICSI classique) afin de permettre une meilleure présélection.

**Indisponibilité** : état de ce qui n'est pas disponible. Plus spécifiquement, état de ce à quoi il ne peut être renoncé par l'intention de son titulaire (ni en le modifiant ni en l'aliénant notamment).

*de l'état des personnes* : principe selon lequel l'état des *personnes* (v. ce terme), c'est-à-dire l'identification et l'individualisation d'une personne telle qu'elle est établie par son état civil, ne peut faire l'objet d'une modification sauf le recours au juge et l'invocation de motifs légitimes.

*de la filiation* : principe selon lequel la filiation, c'est-à-dire le lien juridique unissant deux personnes l'une à l'autre, et conférant à l'un la qualité de parent et à l'autre la qualité d'enfant ne peut faire l'objet d'une modification par la seule volonté des personnes concernées par le rapport de filiation.

*du corps humain* : principe selon lequel le corps humains et les organes le composant ne peuvent faire l'objet d'un acte de disposition de la part de son auteur. Autrement dit : le corps humain est hors du commerce et toute disposition, même à titre gratuit, de l'un de ses produits (v. ce terme) est prohibée.

**Infécondité** : variété d'infertilité due à l'inaptitude d'une femme à permettre la rencontre des deux gamètes et la fécondation.

**Infertilité** : inaptitude à la procréation constatée chez un couple qui ne parvient pas à avoir un enfant après un ou deux ans de rapports sexuels réguliers et non protégés. L'infertilité n'implique donc pas l'infécondité à terme.

**Initiatore** : du lat. *initiatorem*, de *initiare*, initier (de *initium*, commencement) et du suffixe « aire » (du latin *-arius* ou *-aris*), personne qui, ayant pris l'initiative de recourir à un procédé de *reproduction assistée* (v. ce terme), entend élever dès la naissance l'enfant ainsi engendré par l'intermédiaire du donneur de gamète et, le cas échéant<sup>384</sup>, de la *gestatrice* (v. ce terme). Le terme initiatoire ne prend pas position sur la qualité de parent qu'il faut ou non reconnaître à cette personne. (v. égal. « *parent d'intention* »).

**Insémination** : (du lat. *in*, en, et *seminare*, semer), désigne l'acte par lequel des spermatozoïdes sont placés dans l'utérus d'une femme.

*artificielle* : technique de procréation assistée (PMA) la plus ancienne, qui consiste à placer dans l'utérus (IIU = Insémination intra-utérine) ou dans le col de l'utérus (IIC = Insémination intra-cervicale) d'une femme, le jour de l'ovulation, des spermatozoïdes sélectionnés au préalable dans un échantillon provenant soit du conjoint (IAC) soit d'un donneur (IAD).

**Interruption médicale de grossesse (IMG)** : variété d'avortement motivé par des raisons médicales, soit parce que la vie de la mère est en danger, soit parce que le fœtus ou l'embryon est atteint d'une affection d'une particulière gravité, incurable au moment du

---

<sup>384</sup> La présence d'une gestatrice n'est pas automatique puisque, lorsque l'initiatore est une femme, elle peut elle-même porter l'enfant durant la gestation, après qu'un don de gamètes mâles (à tout le moins) lui ait été concédé.

diagnostic. (Syn. d'*interruption thérapeutique de grossesse* ou *ITG*). Elle est possible jusqu'au terme de la grossesse (L. 2213-1 CSP).

**Interruption thérapeutique de grossesse** : v. *interruption médicale de grossesse*.

**Interruption volontaire de grossesse (IVG)** : variété d'avortement déclenché pour des raisons non médicales, à la suite d'une décision personnelle et/ou familiale dans un cadre légal. Qu'elle soit médicamenteuse ou chirurgicale, l'IVG ne peut être pratiquée au-delà soit de la 12<sup>ème</sup> semaine de grossesse, soit de la 14<sup>ème</sup> après le début des dernières règles.

**Introduction médicale d'un spermatozoïde dans l'ovule** : variété de fécondation *in vitro* avec micro-injection (ICSI) d'un seul spermatozoïde, choisi par le biologiste et injecté dans l'ovocyte pour provoquer la fécondation.

**ITG** : syn. *interruption thérapeutique de grossesse* et *interruption médicale de grossesse*.

**IVG** : voir *interruption volontaire de grossesse*.

**Maternal Fœtal Attachment** : attachement d'une femme pour son enfant dès le stade fœtal. Des études révèlent que l'absence partielle ou totale de *maternal fœtal attachment* a des effets sur le comportement maternel durant la grossesse à l'égard d'elle-même (la mère court des risques : tabac, alcool, etc.) et après la naissance à l'égard de l'enfant (risque de maltraitance, comportements inadaptés, etc.).

**Matériel** : ce qui compose le corps d'une chose. L'être humain n'étant pas une chose, les organes et les fruits du corps humain ne sont pas des matériaux (v. égal. *produit* et *fruit*).

**Maternité** : parenté de la mère, conséquence de l'établissement du lien de filiation à l'égard de la mère. V. égal. *paternité*.

*de substitution* : voir *Contrat de maternité de substitution*.

**Maturation *in vitro*** : Technique de reproduction consistant à reproduire en laboratoire le processus de maturation d'un ovocyte encore immature (faute d'avoir été stimulé afin d'éviter une FIV qui risquerait d'engager le pronostic vital de patientes polykystiques).

**Mère** : à la fois le mot le plus difficile à définir et le plus essentiel aussi en matière de procréation médicalement assistée. Désigne la personne de sexe féminin<sup>385</sup> à laquelle la loi reconnaît un lien de parenté sur un enfant (ex. : en cas d'accouchement sous x, la loi désigne sous le vocable de « mère » celle qui accouche, quelle que soit l'intention de celle-ci de ne pas l'être). En droit français, la mère est celle qui accouche de l'enfant (C. civ. art. 325). Si la loi se prononçait en faveur de la licéité de la gestation par personne interposée, il conviendrait de déterminer qui, de l'initiatrice ou de la gestatrice, doit se voir reconnaître la qualité de *mère* de l'enfant. Il n'est en effet pas souhaitable que cette qualité soit cumulativement attribuée aux deux, tandis que la compagne ou le compagnon de l'initiatrice revendiquera certainement (par adoption) également une parenté sur l'enfant ainsi conçu.

---

<sup>385</sup> Dans certains pays, la mère pourrait être identifiée sans référence au sexe du parent (ex. : droit belge).

**d'intention** : l'expression attribue la qualité de mère à une personne qui, tout au plus, n'a fait qu'en formaliser l'intention par le recours à une GPA. Elle laisse faussement imaginer qu'en matière de maternité, l'intention suffit (ce qui n'est pas le cas, ainsi que nous venons de le remarquer à propos de l'attribution de la qualité de mère au cas d'accouchement sous X). C'est pourquoi ce vocable a été délaissé au profit de celui d'*initiatrice* (v. ce terme) à la GPA.

**porteuse** : désigne la personne qui accueille et abrite durant la gestation l'œuf produit par GPA. Les réflexions menées par le groupe de recherche conduisent à reconnaître à cet acteur essentiel de la naissance de l'enfant, la qualité de mère, ce qui correspond à la règle, de droit positif, selon laquelle la mère est celle qui accouche (C. civ. art. 325). La question de savoir si la mère porteuse reste ou non mère dépend de celle de savoir si le procédé de substitution est ou non licite. (v. égal. contrats de *gestation par personne interposée*, de *substitution de mère dans un rapport de filiation*, ou de *maternité de substitution*).

**renonçante** : désigne la mère qui prétend renoncer au lien juridique de filiation qui l'unit à son enfant. V. *Contrat de substitution de mère dans un rapport de filiation*.

**MFA** : voir *Maternal Fœtal Attachment*.

**MIV** : voir *maturation in vitro*.

**MSOM** : synonyme de *IMSI* (v. ce terme).

**Œuf** : forme que prend le zygote (produit de la rencontre des gamètes mâle et femelle) chez l'animal. (v. égal. *fœtus* et *embryon*).

**Opposabilité** : (du lat. *oppositionem*, de *ob*, devant, et *positionem*, qui vient de *positum*, supin de *ponere*, poser), désigne la qualité de ce qui est opposable (un fait juridique, un acte juridique, une situation juridique, un droit, ...), c'est-à-dire de ce qui, « posé devant eux » ne peut être méconnu par les tiers, lesquels d'une part peuvent s'en prévaloir et d'autre part doivent en respecter les effets. Lorsqu'un droit fondamental est reconnu à un individu (ex. : droit au logement), ce dernier peut s'en prévaloir à l'encontre de l'administration qui instruit sa demande. On dit qu'il s'agit d'un « droit opposable ». Il ne semble pas que le droit à l'enfant soit reconnu comme étant un droit opposable.

**Organe** : Selon Littré (sens 2), « partie du corps vivant, envisagée par rapport à sa fonction (v. égal. *matériel*, *corps*, ...).

**Ovocyte** : nom de la cellule sexuelle femelle qui peut évoluer en ovule.

**Ovule** : nom du gamète femelle chez l'humain.

**Parent** : dans un sens large, désigne celui qui est de la même famille, soit par descendance d'un même auteur, soit par alliance. Au sens strict, est parent celui auquel la loi reconnaît une parenté, en lui attribuant la filiation d'un enfant : par le mariage (présomption de paternité du mari de la mère), par fait de reconnaissance, par acte de notoriété délivré par le juge ou par adoption.

**d'intention** : le terme désigne la personne que nous avons préféré nommer *initiatrice* (v. ce terme) à la GPA. En effet, l'expression concède *a priori* la qualité de parent à une personne, au prétexte qu'elle en exprime le désir. Or, en fait de parenté et *a fortiori* de filiation, l'intention (c'est-à-dire la photographie de la volonté à un moment donné) ne suffit pas sans l'autorisation de la loi et son encadrement dans une procédure étroitement contrôlée par l'administration (ex. : adoption). *A contrario*, dès lors que la loi viendrait, d'une part à reconnaître la licéité de la gestation par personne interposée et, d'autre part, accorderait à l'initiatrice la qualité de parent, le terme « parent d'intention » identifierait pleinement cette personne à raison du résultat obtenu (parent) et du moyen employé (l'intention).

**Parenté** : selon le vocabulaire juridique Capitant, « *lien qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre [...] soit entre personnes qui descendent d'un auteur commun [...] et auquel la loi attache des effets de droit [...]* ». La parenté de l'enfant à l'égard de ses ascendants est soit maternelle, soit paternelle. Elle découle juridiquement de l'établissement du lien de filiation (v. égal. « *parent* », *paternité* et *maternité*).

**Parentalité** : néologisme dérivé de parental, la parentalité désigne, du point de vue du parent (père ou mère), la relation (une ligne et non une sphère au contraire de la famille) entre un enfant et une personne qui, dans la plupart des cas, est parent de l'enfant en conséquence de l'établissement d'un lien de filiation. Le mot parentalité met l'accent sur l'éducatif et non sur le filiatif. Le terme parentalité reste muet sur toute référence au genre et tend à effacer les distinctions entre paternité et maternité, c'est pourquoi son utilisation reçoit bien souvent la préférence des couples homosexuels.

**Paternité** : parenté du père, conséquence de l'établissement du lien de filiation à son égard.

**Contestation de** : action ayant pour objet de permettre à un père ou un mari d'anéantir le lien de filiation préalablement établi à l'égard d'un enfant.

**Recherche de** : action ayant pour objet de permettre à un enfant de faire établir un lien de filiation à l'égard d'une personne qu'il estime être son père.

**Reconnaissance de** : acte par lequel un homme reconnaît l'existence d'un lien de filiation entre lui et un enfant. Il peut être accompli avant ou après la naissance.

**Père** : désigne la personne de sexe masculin<sup>386</sup> à laquelle la loi reconnaît un lien de parenté sur un enfant.

**Personne** : être vivant auquel la loi reconnaît la personnalité juridique. La personne peut être physique (faite de chair et de sang, v. *être humain*) ou bien morale (entité virtuellement envisagée comme possédant les attributs de la personnalité et notamment un patrimoine. Ex. : une société, une association, une fondation, etc.).

**Personnalité juridique** : *aptitude*<sup>387</sup> normalement reconnue à tout être humain, à être sujet de droit, c'est-à-dire titulaire de droits et d'obligations (V. égal. *capacité*).

---

<sup>386</sup> Dans certains pays, le père pourrait être identifié sans référence au sexe du parent (ex. : droit argentin).

<sup>387</sup> Contrairement à un réflexe linguistique, la personnalité juridique n'est pas un « état » qui résulterait *ipso facto* de la naissance d'un être humain. Elle dépend d'une reconnaissance d'un être humain en tant que personne juridique, par l'Ordre juridique au sein duquel il naît ou évolue. De là le fait que, dans la Rome antique et quelques



**PMA** : Voir *Procréation médicalement assistée*.

**Possession** : fait de détenir le *corpus* d'une chose en revendiquant également l'*animus*, c'est-à-dire la volonté de se comporter en propriétaire de cette chose (v. égal. *détention précaire*). Le concept de possession n'est probablement pas utilisable en cas de grossesse car, tant que l'enfant n'est pas réputé conçu (*infans conceptus pro nata habetur quoties de commoidis ejus agitur*), le fœtus fait certainement un avec le corps de la gestatrice (*pars viscerum matris*). Ensuite, il est une personne qui ne peut, par conséquent, être objet de possession.

**Procréateur** : personne qui intervient en quelque façon afin de satisfaire un désir de procréation. Tout procréateur ne doit pas se voir reconnaître la qualité de « parent ». Le droit de la filiation fixe les règles permettant à une personne de devenir parent d'un enfant. Y président des considérations relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant et au principe de dignité dont découlent les principes d'indisponibilité de l'état des personnes, indisponibilité de la filiation et indisponibilité du corps humain. Le Droit s'érige ici en Tiers<sup>388</sup> dont le rôle est de fixer à la volonté individuelle les limites qui s'imposent au regard des principes de dignité et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans tous les couples homosexuels féminins, la question du statut du « donneur de gamètes mâles » se pose. Dans tous les couples homosexuels masculins, la question du statut de la gestatrice pose difficulté. V. *gestation par personne interposée et procréation*.

**Procréation** : (du lat. *procreare*, de *pro*, pour et *creare*, créer, engendrer), il s'agit de l'activité qui consiste à engendrer la vie. Les nouvelles pratiques de gestation par personne interposée peuvent faire intervenir jusque cinq intervenants (V. *procréateurs*). Une difficulté spécifique surgit lorsque les procréateurs sont aussi parents génétiques (exemple d'un enfant porteur du patrimoine génétique de ses parents, mais aussi de l'ADN provenant d'une donneuse<sup>389</sup>). Ce n'est pas toutefois le patrimoine génétique qui fait le parent, mais l'établissement de la filiation.

---

autres sociétés anciennes, les esclaves n'étaient pas dotés de la personnalité juridique (le statut de chose leur était appliqué) alors qu'il s'agissait d'êtres humains. On pourrait arguer que cette anomalie au regard d'un ordre naturel supérieur a été recouverte par les poussières du Temps et, qu'aujourd'hui et pour toujours, la personnalité juridique est un « état » attaché à la nature d'être humain. Pourtant, l'observation de certains mouvements notamment aux Etats-Unis revendiquant que la personnalité juridique ne soit pas attribuée aux personnes handicapées mentales démontre que, plus que tout autre chose, la personnalité juridique n'est qu'une aptitude que l'Ordre juridique accorde à l'être humain, à raison de son humanité... de là, sans doute, le fait qu'en des temps pas si éloignés, certains condamnés à raison de crimes - qui faisaient douter de leur humanité - étaient frappés de *mort civile*. Celle-ci provoquait l'extinction de la personnalité juridique d'un être humain auquel par ailleurs, on ne retirait pas nécessairement la vie. Enfin, le jugement déclaratif d'absence aboutit à retirer la personnalité juridique à un être humain le cas échéant encore vivant... par où nous paraît s'imposer de ne pas définir la personnalité juridique comme un « état » mais, au même titre que la capacité juridique, comme une « aptitude ».

<sup>388</sup> V. *Supra*, même chapitre, Section I, § 3, p. 58 et s.

<sup>389</sup> Le 28 septembre 2016, les médias se font l'écho de "*la première naissance d'un bébé à trois parents*" : [http://www.lemonde.fr/sciences/article/2016/09/28/premiere-naissance-d-un-bebe-a-trois-parents\\_5004492\\_1650684.html](http://www.lemonde.fr/sciences/article/2016/09/28/premiere-naissance-d-un-bebe-a-trois-parents_5004492_1650684.html)

Le recours à cette technique a permis en l'occurrence à un couple de jordaniens d'avoir un enfant non atteint du syndrome de *Leigh*. Cependant, il aura fallu pour cela :

- sélectionner un embryon masculin ;
- écarter (et détruire) les embryons féminins, jugés trop vulnérables, et les embryons qui ne s'étaient pas développés "normalement".

V. M. Lamarche, Ne confondons pas pluri-parenté biologique et pluri-parenté juridique (à propos de la FIV « à trois »), *Dr. fam.*, mars 2012, alerte 15.

Le droit fait certes découler la filiation du fait d'engendrement mais ne fait pas pour autant prévaloir le « tout biologique<sup>390</sup> ». V. *filiation, parent*.

**Médicalement assistée** : au sens large, désigne l'aide et les moyens apportés par le corps médical afin qu'une grossesse et la naissance consécutive se déroulent en réduisant au maximum les risques inhérents. La procréation médicalement assistée ne suppose donc pas nécessairement de pathologie ni d'obstacle à la reproduction naturelle, contrairement à l'*assistance médicale à la procréation* (v. ce terme). Dans un sens étroit, « procréation médicalement assistée » peut être tenu pour synonyme de celle d'« assistance médicale à la procréation ». D'ailleurs, bien que la seconde appellation ait d'évidence la préférence du législateur<sup>391</sup>, la première est tout de même utilisée une fois, de façon isolée, à l'article L. 1244-6 du même code.

**Par personne interposée** : procédé par lequel l'activité de don de gamète(s) ou de gestation (v. *GPA*) est assurée par une (ou plusieurs) personne(s) autre(s) que celle(s) qui prétendent devenir parents. La procréation par personne interposée englobe les hypothèses de maternité par l'intervention d'un tiers lors d'une relation sexuelle sans le recours au corps médical (que suppose quant à elle l'appellation PMA). V. égal. *procréation pour le compte d'autrui*.

**Pour le compte d'autrui** : procédé par lequel l'activité de don de gamète ou de gestation est assurée par une autre personne que tout ou partie de ceux qui prétendent devenir parents, mais pour le compte de ces derniers. L'expression n'est pas satisfaisante car elle instille l'idée d'un acte de bienveillance et d'altruisme qui, au cas particulier pourtant, ne correspondra que très rarement à la réalité. V. *gestation par personne interposée*.

**Mode de** : en appelle à la technique utilisée afin de parvenir à la procréation.

**Production** : (du lat. *producere*, de *pro*, avant, et *ducere*, mener), selon Littré, action de produire, de donner naissance. Mais, dans son sens moderne post-industrialisation, la production est supposée de masse. On ne pourra donc pas parler de « production de bébé » sans réifier un être alors considéré comme une marchandise (v. égal. *construction* et *fabrication*).

**Produit** : toute chose générée par une autre avec altération de la substance de cette dernière. Ainsi, un rein, un cœur, un poumon, un foie, un membre, *etc.* sont des produits du corps humain. V. égal. *fruit*.

**Projet parental** : désigne le but poursuivi par une ou plusieurs personnes et matérialisant leur intention de devenir parent. Dans cette expression, au rapport de la terminologie, aucun des deux mots ne gêne individuellement. Pourtant, il faut remarquer que leur union est révélatrice d'une approximation : l'expression est construite à partir du terme « projet » qui, comme dans les expressions « projet de vie » ou « projet immobilier », est entendu comme : « ce que l'on a l'intention de faire dans un avenir plus ou moins éloigné. » (Littré, sens 1). En outre, il convient de s'arrêter sur la différence entre l'expression utilisée « projet parental » et celle qui n'est jamais utilisée « projet familial ». La famille (du latin *familia*, famille, *famulus*, serviteur, de *l'osque famel*, serviteur, à partir de *faama*, maison) est un tout qui englobe, qui marie, qui unit, l'un et l'autre parent ainsi que leur filiation. Si la famille dessine une sphère, la parentalité ne

---

<sup>390</sup> V. *Supra* introduction générale, spéc.p. 12 et s.

<sup>391</sup> Elle est utilisée dans 20 articles du Code de la santé publique.

dessine qu'une ligne, laquelle pourrait le cas échéant n'intéresser qu'un être recherchant la création pour lui-même d'une filiation : dans le choix des moyens (adoption, insémination, *etc.*), l'intention, le désir, l'emporte (l'autre n'est plus alors nécessairement celui qu'on aime mais celui dont le corps est nécessaire pour réaliser le projet), l'enfant (adoption, singulièrement par une personne célibataire) ou encore la médecine, le cas échéant.

**Propriété** : droit qui s'exerce sur une chose de la manière la plus complète parce qu'il emporte droit d'utiliser, de recueillir les fruits et de disposer de la chose. Un être ne peut pas être objet de propriété.

**Prostitution** : activité qui consiste en une prestation de services sexuels moyennant rétribution. Ce contrat portant mise à disposition du corps humain est nul au civil, de nullité absolue, comme contraire au principe d'indisponibilité du corps humain (v. ce terme) et sanctionné au pénal<sup>392</sup>.

**Reconnaissance de paternité** : V. *paternité*.

**Reproduction** : activité et résultat consistant, pour les corps organisés (animaux et végétaux), à produire des êtres semblables à eux, quelle qu'en soit la méthode. Pour les humains, on parle plus volontiers de procréation (v. ce terme).

*Assistée* : v. *procréation médicalement assistée*.

**Rétractation** : v. *droit de rétractation*.

**Sexe** : caractère physique permanent de l'individu humain, animal ou végétal, permettant de distinguer, dans chaque espèce, des individus mâles et des individus femelles. En biologie, le sexe d'un individu est l'expression du rôle particulier qu'il joue dans la reproduction de l'espèce<sup>393</sup>.

**Simulation d'enfant** : dénomination nouvelle de l'ancienne « supposition d'enfant » (v. ce terme). Comme la dissimulation, la simulation d'enfant est sanctionnée dès lors qu'elle a entraîné une atteinte à l'état civil de l'enfant<sup>394</sup>. On constate ainsi que le délit de simulation d'enfant couvre un champ apparemment plus large que le crime de supposition d'enfant (v. ce terme) qui supposait que la mère prétendue de l'enfant n'en ait pas accouché.

**Société d'intermédiation** : Organisme, principalement à but lucratif, qui se propose de rapprocher les personnes désireuses de recourir à une GPA et les femmes disposées à participer à l'une des étapes de gestation (ex. : don d'embryon, porter le fœtus durant la période de gestation, ...).

**Spermatozoïdes** : nom donné aux gamètes mâles parvenues à maturité.

---

<sup>392</sup> Des sanctions pénales sont encourues : par les proxénètes (C. pén., art. 225-5, 225-6, 225-7 et 225-10 pour le cas des maisons closes), en cas de prostitution forcée (C. pén., art. 212-1) ou d'infraction commise sur une prostituée (C. pén., art. 222-24 et 222-28), plus récemment par les clients (C. pén., art. 225-12-1 et 611-1, réd. L. n° 2016-444 du 13 avril 2016), une seule sanction d'ordre pécuniaire étant encourue par la personne se livrant à la prostitution (C. pén., art. 225-24).

<sup>393</sup> V. Dr H. Bléhaut, Particularités biologiques spécifiques de l'ovocyte et sur spermatozoïde, in *Le don de gamètes*, *op. cit.*, pp. 21-24.

<sup>394</sup> Cependant la filiation paternelle n'étant jamais certaine, on peut s'interroger sur les conditions dans lesquelles la preuve d'une atteinte à l'état civil pourrait dans ce cas être rapportée.

**Stérilité** : inaptitude à concevoir naturellement, à porter ou à accoucher d'un enfant sain. (V. égal. *infertilité*).

**Substitution de mère dans un rapport de filiation** : v. *contrat de substitution de mère dans un rapport de filiation*.

**Substitution d'enfant** : Infraction par laquelle une personne prétendait mettre un enfant à la place d'un autre, notamment en intervertissant leur état civil<sup>395</sup>. Initialement punie comme la supposition d'enfant (v. ce terme), la substitution d'enfant a été correctionnalisée avec le nouveau code pénal (C. pén., art. 227-13) par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1994. L'idée d'atteinte à l'état civil est toujours présente puisque l'article 227-13 fait expressément état d'une atteinte à l'état civil de l'enfant<sup>396</sup>. Il en va de même de la simulation et de la dissimulation d'enfant (v. ces mots) visées par le même article.

**Supposition d'enfant** : Infraction par laquelle une personne tentait frauduleusement de faire reconnaître un enfant pour fils ou fille d'une femme dont il n'était pas né. Elle était, comme la substitution d'enfant (v. ce terme), par la réclusion criminelle à temps réprimée (article 345 de l'ancien code pénal, réd. Loi du 13 mai 1863). Ce délit ne constituait pas encore la répression d'une atteinte à l'état civil mais d'une atteinte à la filiation. Avec le nouveau code pénal, l'infraction a été correctionnalisée en prenant le nom de « simulation » d'enfant (v. ce terme) qui, elle, réprime une atteinte à l'état civil.

**Tourisme procréatif** : sorte de *law shopping* qui désigne ici l'activité consistant à voyager, à « faire le tour », afin de gagner un territoire dont le droit autorise la procréation par personne interposée (v. ce terme) afin d'en revenir, – non pas bronzé, mais – parent. En ce qu'il vise à se placer hors du champ d'application de la loi normalement compétente, le tourisme procréatif emporte fraude à la loi française.

**Transsexualisme** : modification physiologiquement consommée du sexe d'origine d'un individu, résultant de son sentiment d'appartenance au sexe opposé. Lorsque cette modification se voit reconnaître une dimension thérapeutique, l'ordre juridique l'entérine en autorisant la modification de sexe et de prénom (pour des considérations tirées du respect de l'intimité de la vie privée) sur les registres de l'état civil. V. égal. *gender* et *genre indifférencié (théorie du)*

**Travail** : V. *contrat de travail*.

**Utérus** : matrice de la femme qui « contient le produit de la conception jusqu'à la mise au monde » (Littré, v. ce terme).

**artificiel** : matrice imitant l'environnement utérin permettant de cultiver *in vitro* des embryons humains afin d'accomplir une grossesse extracorporelle. Le procédé évite le recours à une gestatrice et les questionnements sur l'attribution de la qualité de mère. Malheureusement, il pose bien d'autres questions toutes aussi graves<sup>397</sup>.

<sup>395</sup> A cet égard, la place de l'art. 345 de l'ancien code pénal était suffisamment révélatrice puisqu'on le trouvait dans une section VI du Titre deuxième du Livre troisième, intitulée : « *Les crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant* ».

<sup>396</sup> L'article 227-13 du code pénal introduit à l'occasion de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1994, dispose en effet que « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende* ».

<sup>397</sup> V. Pour une approche philosophique : H. Atlan, *L'utérus artificiel*, Seuil, 2005 et pour une approche littéraire, A. Huxley, *Le meilleur des mondes*.

**Vente** : voir *contrat de vente*.

**Ventre-usine** : mot composé constitué afin de désigner à la fois la réification du corps de la gestatrice (le ventre) et la marchandisation de sa production (les enfants qui y auront été conçus et portés). V. égal. *utérus artificiel*.

**Zygote** : produit de la fusion du noyau du gamète mâle avec le gamète femelle. Il prend le nom d'œuf lorsque le mâle est un animal. (V. égal. *foetus* et *embryon*).

### Section III. L'approche sociologique

La sociologie de la famille permet d'approcher de près les liens de parenté et de filiation. De nombreuses enquêtes permettent d'appréhender le vécu de chacun dans toutes les configurations, traditionnelles ou nouvelles.

Pour comprendre les innovations introduites par l'assistance médicale à la procréation dans ces configurations familiales, on progressera en plusieurs étapes.

D'abord, les innovations biomédicales seront présentées comme introduisant de nouvelles possibilités sociales (§ 1).

Ensuite, les enquêtes qualitatives disponibles seront classées et distinguées de celles qui éclairent par analogie à celles qui étudient directement le phénomène. On ira ainsi des analyses portant sur les familles en recompositions à celles sur la pluri-parentalité ou sur l'anonymat des origines. De l'étude de la situation des couples de personnes de même sexe voulant des enfants, on passera plus largement aux choix et aux poids des représentations. Pour finir, quelques comparaisons entre pays proches ou plus éloignés de nos modèles existent (§ 2).

Les enquêtes quantitatives fournissent des chiffres plus globaux. Elles sont rares. Elles suffisent cependant à montrer un décalage entre fréquence des situations sociales et intérêt porté aux cas isolés (§ 3).

Enfin, l'évolution des thèmes d'observation au cours des années 1980, 1990, 2000 sera restituée (§ 4). Cela permettra de s'interroger sur les interférences entre le calendrier des lois et l'agenda des enquêtes.

#### § 1. Les innovations biomédicales et les nouvelles possibilités sociales

Les techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP), principalement l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro*, ouvrent beaucoup de possibilités. On les a d'abord appelées techniques de PMA, procréation médicalement assistée. Mais cela sous-entendait trop qu'il y avait alors deux sortes de procréation, l'une naturelle et l'autre artificielle, médicalement assistée. En disant « AMP », on souligne mieux qu'il n'y a qu'une seule procréation, avec plus ou moins d'assistance<sup>398</sup>. En cas de difficultés, on a simplement recours à cette assistance médicale.

**Techniques biomédicales à conséquences sociales.** Puisqu'il s'agit de techniques, commençons par l'aspect le plus matérialiste, avant de repartir du social qui s'en trouve transformé. Dans une présentation particulièrement claire, le Professeur Macé rappelle que, pour « faire » un enfant, il faut disposer d'un spermatozoïde, d'un ovocyte et d'un utérus<sup>399</sup>. Le spermatozoïde peut venir : du conjoint masculin, d'un donneur, ou être issu d'une maturation à partir de cellules. L'ovocyte peut être : celui de la conjointe, d'une donneuse ou être issu d'une maturation à partir de cellules. L'utérus pour le développement de l'embryon peut être : celui de la femme qui a ou qui donne l'ovocyte, ou d'une gestatrice ; en attendant l'arrivée de l'utérus artificiel.

---

<sup>398</sup> V. Glossaire.

<sup>399</sup> B. Macé, L'assistance médicale à la procréation, séance du 26 octobre 2013, *Précis des travaux de l'Académie des sciences, belles lettres et arts de Rouen*, 2014, pp. 207-222.

Il y a ainsi différentes combinaisons pour faire un embryon. Le Professeur Macé distingue trois démarches principales :

- un homme et une femme, avec l'embryon replacé chez cette même femme. Historiquement, cette configuration dite « intraconjugale » est le point de départ de toutes les techniques d'AMP.
- une femme avec un « donneur » de sperme pour remplacer celui de son conjoint. Historiquement, c'est le motif de la création du CECOS (Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains).
- un homme avec une donneuse d'ovocyte pour remplacer celui de sa conjointe. Cela est plus difficile à réaliser et a donné lieu à l'extension des missions du CECOS.

La gestation pour autrui (GPA) ajoute à cela la possibilité du « prêt<sup>400</sup> » de son utérus par une autre femme. Il est en outre techniquement possible de procéder par double don : un donneur apportant le spermatozoïde, une donneuse apportant l'ovocyte. Les possibilités de maturation de cellule ont été écartées ici. Mais elles sont au point techniquement.

Combinons les questions. Qui ? Des conjoints, des donneurs ou des gestatrices. Quoi ? Peuvent apporter sperme, ovocyte ou utérus. Combien ? En étant ainsi entre deux et cinq intervenants. Comment ? Par une relation sexuelle, une insémination artificielle ou une fécondation in vitro. Il en résulte un tableau célèbre recensant une quarantaine de manières d'avoir un enfant<sup>401</sup>.

Toutes ces techniques modifient les données classiques de l'engendrement, de la grossesse, voire de l'accouchement.

- L'engendrement peut non seulement être intraconjugal mais le recours à une ou à un tiers, anonyme ou pas, est désormais une possibilité.
- La grossesse dure toujours neuf mois mais le recours à une gestatrice pour autrui est présenté aussi comme une possibilité.
- L'accouchement, qui donne lieu à un regain de travaux en sociologie<sup>402</sup>, s'en trouve aussi modifié : à la maternité, pour la déclaration à l'état-civil, lors du retour à domicile.

Au départ, il s'agissait de manier ces techniques pour pallier la déficience de couples infertiles. Dans un couple composé d'un homme et d'une femme, l'infertilité est due dans 30% des cas à l'homme, dans 30% des cas à la femme, dans 30% des cas aux deux et dans les 10% de cas restants, la cause est indéterminée. La situation globale est plutôt fréquente puisqu'un couple sur sept (15%) consulte pour des difficultés à concevoir. Un couple sur dix-huit (5%) va avoir finalement un traitement. Il est à remarquer la situation inédite que ces techniques constituent pour un médecin. Il ne s'agit pas de guérir un individu qui est malade comme le préconise le serment d'Hippocrate. Il s'agit de traiter un couple, sans soigner aucun des deux, en proposant néanmoins une assistance à la réalisation d'un projet. On ne se situe plus dans le curatif ou le thérapeutique : remédier à une maladie. On est clairement dans le palliatif : éviter une souffrance sans apporter de remède à la cause. Ici, la souffrance, très réelle, est due en outre à un manque : les deux ne parviennent pas à être féconds ensemble. On n'est donc pas dans le cas de soins palliatifs proposés à des personnes qui souffrent directement d'un mal présent. Ici, deux souffrent d'une absence, celle d'un troisième qui n'arrive pas : l'enfant.

---

<sup>400</sup> Sur la qualification juridique, V. Glossaire.

<sup>401</sup> F. Laborie, J. Marcus-Steiff, J. Moutet, Procréations et filiations. Logiques des conceptions et des nominations, *L'Homme*, n°95, juillet-septembre 1985, vol. XXV (3), p 11. Cité dans : M. Ségalen, *A qui appartient les enfants ?* Tallandier, 2010, p 110.

<sup>402</sup> B. Jacques, *Sociologie de l'accouchement*, PUF-Le Monde, « Partage des savoirs », 2007 ; P. Charrier et G. Clavandier, *Sociologie de la naissance*, Armand Colin, « U », 2013.

**Du biomédical à l'accompagnement juridique.** Après l'innovation biomédicale, arrive alors l'accompagnement juridique. Il repose beaucoup sur le ressort de l'adoption. En effet, lorsque l'on sort du cadre du couple en faisant appel à au moins une tierce personne, il faut définir les droits et devoirs des différents intervenants. La question est en partie résolue concernant le don de spermatozoïde, rendu anonyme en France. Les questions les plus tendues se posent lorsqu'on va jusqu'à la gestation pour autrui dans certains pays. Il est à remarquer, là aussi, la situation inédite qui se présente au législateur. Au départ, l'adoption est faite pour trouver des parents à des enfants orphelins ou maltraités. Là, c'est plutôt l'inverse. Il s'agit de trouver un enfant à un couple qui souffre d'infertilité. Une fois conçu, par une sorte de fiction, on adapte alors un régime d'adoption plénière à cette nouvelle façon de faire les enfants. Par une autre analogie, cette fois avec le don du sang, on a rendu la circulation du sperme ou des ovocytes gratuite et anonyme en France.

**Vers de nouvelles possibilités sociales.** Ces innovations biomédicales puis juridiques ouvrent depuis plus de trente ans des possibilités sociales nouvelles. Au point que certains envisagent d'étendre cette assistance médicale à la procréation : aux célibataires, aux couples homosexuels, voire aux couples hétérosexuels féconds qui souhaiteraient éviter une grossesse par exemple. L'enjeu est considérable. Accéder à la demande de célibataires, nombreux, que ce soit subi ou voulu, c'est construire d'emblée des familles monoparentales. Les homosexuels représentent environ 4% de la population, féconds chacun le plus souvent, leur union est par construction infertile. Ces techniques ouvrent des perspectives. Ne parlons pas des couples féconds qui soustrairaient les étapes de leur procréation jugées moins confortables, pas assez performantes ou trop mangeuses de temps. Au total, un des sociologues qui connaît le mieux tous ces enjeux, Bertrand Pulman, a pu parler alors des « 1001 façons de faire les enfants »<sup>403</sup>.

Toutes ces combinaisons sont loin d'être une vue de l'esprit. Elles se rencontrent dans la réalité. Les enquêtes sociologiques présentées plus bas en témoignent. Ces combinaisons offrent ainsi la plus grande diversité. On peut les reclasser en partant des personnes, de leurs manques et de leurs projets, pour aboutir aux solutions qu'elles peuvent envisager.

- Laissons de côté le couple d'un homme et d'une femme, chacun fécond, qui envisageraient une GPA de convenance (cf. plus loin Neirinck), ou qui seraient un jour clients potentiels pour des techniques futuristes comme l'utérus artificiel (cf. Gavarini).
- Le couple homme-femme où l'homme est stérile va envisager : la vie sans enfant, l'adoption, l'insémination artificielle avec donneur de sperme, connu ou pas, la fécondation de la femme pouvant être plus ou moins artisanale.
- Le couple homme-femme où la femme est stérile va envisager : la vie sans enfant, l'adoption, le don d'ovocyte, connu ou pas, avec fécondation *in vitro*, voire avec une gestation pour autrui si l'utérus de la femme est abîmé pour des raisons génétiques, médicales, suite à un cancer, ou s'il y a eu ablation (cf. Mehl ou le témoignage des Mennesson).
- Le couple homme-femme où les deux sont incapables de fertilité va envisager tout ce qui précède.
- Un homme célibataire qui a renoncé à rencontrer une femme va envisager : la vie sans enfant, l'adoption, la GPA sous toutes ses formes.
- Une femme célibataire qui a renoncé à rencontrer un homme va envisager : la vie sans enfant, l'adoption, une insémination artificielle avec donneur de sperme, connu ou pas, le même donneur connu ou pas s'il y a plusieurs enfants successifs, de manière artisanale ou pas.

---

<sup>403</sup> B. Pulman, *Mille et une façons de faire les enfants. La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010.



- Un couple gay, va envisager : la vie sans enfant, l'adoption, l'enfant eu avec l'ex-femme d'un des deux hommes, la coparentalité avec une célibataire ou avec un couple de lesbiennes, la GPA, en séparant ou pas don d'ovocyte et prêt d'utérus (cf. Gratton ou Gross).

- Un couple de lesbiennes, va envisager : la vie sans enfant, l'adoption, l'enfant eu avec l'ex-conjoint de l'une des deux, la coparentalité avec un célibataire ou avec un couple de gays, l'insémination artificielle avec donneur de sperme, connu ou pas, le même donneur connu ou pas s'il y a plusieurs enfants, portés par la même des deux femmes ou chacune à son tour (cf. Descoutures).

Précisons que toutes ces combinaisons sont techniquement réalisables et socialement rencontrées. Ce n'est pas le moment de se prononcer pour l'instant sur leur légalité au regard du droit des pays ou sur leur légitimité au regard de la morale d'une civilisation ou de l'humanité.

**Ampleur sociale du phénomène « AMP ».** Pour se recentrer sur l'AMP, plusieurs millions d'enfants sont nés dans le monde grâce au recours à ces techniques. Sur sept milliards d'humains que compte la population mondiale, on estime en 2015 à plus de cinq millions le nombre d'enfants nés ainsi depuis que l'AMP existe. Et sur soixante-cinq millions d'habitants en France, on estime en 2015 à plus de deux cents milles le nombre d'enfants nés ainsi depuis le début de l'aventure. Précisons que la diversité des combinaisons ne doit pas masquer les cas les plus fréquents. Encore aujourd'hui, 95% des naissances avec AMP relèvent de configurations intraconjugales. Autrement dit, elles concernent des couples infertiles, homme-femme, sans recours à une ou à un tiers donneur<sup>404</sup>. Devant une telle proportion, on peut noter que les sociologues enquêtent néanmoins volontiers aussi sur les 5% de cas avec donneurs, sur les couples homosexuels qui n'ont pas accès légalement à ces techniques ou sur la GPA qui est interdite en France.

En définitive, en France, presque 3% des enfants naissent avec cette assistance médicale à la procréation. Il suffit de rapporter les 24 000 enfants environ qui naissent ainsi chaque année dans notre pays aux 832 800 enfants nés au total en 2010 par exemple. Cela donne une proportion de 2,9%. Concrètement, cela fait en moyenne un enfant dans chaque classe de 35 élèves. Il faut imaginer que, sur la photo de classe, il est là, au milieu des autres. Inutile de préciser qu'il est aussi mignon que les autres et parfaitement indétectable s'il n'a confié à personne la manière dont il a été mis au monde.

Face à un résultat manifestement aussi heureux, peu de gens auront envie de remonter de la scène d'aboutissement vers les coulisses de conception. Quand on constate que le taux d'accouchement par AMP est monté de 15 à 20%, alors que pour un couple fertile, la probabilité de grossesse par cycle naturel est de 25%, on saluera la performance. Faut-il alors écouter ce médecin grincheux qui fait remarquer que cela n'incite pas beaucoup la recherche à trouver plutôt de véritables remèdes à l'infertilité ? Quand on voit ces enfants qui ne seraient pas nés, qui sont aussi heureux que les autres, on partagera la joie de parents qui ne pouvaient pas en avoir. Faut-il alors prêter attention à des soi-disant « moralistes tatillons » qui se préoccupent du sort de 200 000 embryons congelés dits surnuméraires, dont un tiers sont sans « projet » ?

---

<sup>404</sup> Pour prendre l'exemple de l'année 2009 en France, sur 21 759 enfants nés selon les différentes techniques d'AMP, il y a 1 110 cas avec spermatozoïde de donneur (5%), 190 cas avec dons d'ovocytes (0,9%) et 19 cas avec accueil d'embryons (0,1%). Tout le reste (94%) est de l'intraconjugal, que ce soit par : insémination (24,8%), injection ICSI (37,5%), fécondation in vitro (20,5%), transfert d'embryons congelés (11,1%). V. F. Merlet, Suivre et évaluer l'activité d'AMP. Activité nationale et régionale : quelques repères chiffrés, *ADSP, Revue du Haut Conseil de la santé publique*, 2011, n°75, p 43-47. Cité dans : P. Charrier et G. Clavandier, *Sociologie de la naissance*, préc.

**L'approche des sociologues : les enquêtes.** Les sociologues ne posent pas tellement ces questions. La sociologie fournit plutôt nombre de données sur les façons de vivre dans toutes les configurations, anciennes ou nouvelles, rencontrées.

- On trouve surtout des enquêtes qualitatives sur la manière de vivre dans des familles où le lien de filiation a pu être radicalement reconfiguré.
- Les données quantitatives sont plus rares. Sans doute parce que les catégories sont nouvelles, elles ont moins de trente ans. Aussi parce que certains cas restent marginaux ou sont illégaux. Qu'ils soient rares ou clandestins, ces cas attisent la curiosité des enquêteurs. Mais cela ne permet pas encore de chiffrer le tout de manière fiable.

## § 2. Les enquêtes qualitatives

Avant d'aborder le sujet des configurations issues directement de l'AMP, on trouve déjà une abondante littérature sur les familles recomposées après un décès, un divorce ou une séparation. Un veuvage jeune ou une séparation de couple, devenue fréquente, crée en effet une situation de famille monoparentale provisoire. D'autres couples peuvent se reformer. Cela signifie pour les enfants qu'ils auront affaire non seulement au nouveau conjoint de leur mère ou de leur père, mais aussi à l'ancien conjoint de ce nouveau beau-père ou de cette nouvelle belle-mère, sans oublier d'autres générations, avec des quasi frères et sœurs ou des quasi grands-parents. Il peut aussi naître des demi-frères ou des demi-sœurs avec lesquels on a un parent en commun. Dans ses travaux pionniers, François de Singly fait ressortir la complexité des relations qui s'instaurent, à partir de cette souplesse de reconstitution des couples<sup>405</sup>.

**Premiers éléments à partir des familles recomposées.** Au regard des enfants, ces recompositions montrent des liens où la parenté se retrouve divisée, complétée, substituée.

- Divisée lorsque les deux parents sont séparés, alternant au besoin une garde et exerçant une coparentalité juridique.
- Complétée lorsqu'un beau-parent s'efforce de tenir un rôle, voire d'exercer une amorce d'autorité ou lorsque des grands-parents prennent le relais.
- Substituée lorsqu'un des parents ne voit plus ses enfants et que ces derniers sont entièrement confiés à l'autre conjoint, voire de fait à la nouvelle famille ainsi recomposée.

Or, on l'a vu plus haut, tout cela se retrouve, pour d'autres causes, lors de recours à l'AMP. Dès que l'on sort des pratiques intraconjugales et que l'on arrive aux techniques supposant un tiers donneur ou plusieurs personnes donneuses, porteuses, gestatrices, le problème de ces compositions se pose. Pour l'instant, la solution de l'anonymat des donneurs dans un pays comme la France élimine en amont un tiers dont la présence peut gêner. Dans les pays qui pratiquent la gestation pour autrui, il est plus difficile d'occulter neuf mois de grossesse. Au résultat, faute d'enquêtes directes et surtout d'un recul historique suffisant, les sociologues sont conduits à envisager de nombreuses analogies entre familles composées par AMP et familles recomposées de manière désormais classique, quant aux liens qui peuvent s'y nouer. Cela conduit globalement à observer les manières de vivre au sein d'une parenté plurielle<sup>406</sup>.

---

<sup>405</sup> On trouvera une vénérable synthèse dans : F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, « 128 », 1993.

<sup>406</sup> D. Le Gall et Y. Bettahar (dir.), *La pluriparentalité*, PUF, « sociologie d'aujourd'hui », 2001. Treize spécialistes, dont neuf socio-anthropologues font le bilan des évolutions de 1950 à 2000.

Il est alors assez logique de s'appuyer sur ce qui est bien connu en matière d'adoption, de familles recomposées, d'accouchement sous X, pour en induire des éléments sur ce qui est mal connu mais peut arriver en matière de familles composées avec AMP. Dans la vaste littérature sur un tel sujet, retenons les travaux basés sur des enquêtes.

**Etudes sur la parenté plurielle.** Il est intéressant de constater qu'une des spécialistes de la parenté plurielle avait commencé ses travaux en étudiant les placements familiaux. En 1995, Anne Cadoret<sup>407</sup> publie les résultats d'une enquête menée dans le Morvan, région qui a une tradition d'accueil des enfants de l'Assistance Publique puis de la DDASS. Elle fait parler longuement, longtemps après, des enfants placés devenus adultes. L'enjeu est de mesurer ce qu'il reste de liens qui ne sont ni biologiques, ni fortement juridiques, fondés seulement sur le social, voire l'affectif et qui ne transmettent en outre ni nom, ni patrimoine. Autrement dit, quel souvenir laisse une période de placement familial, basé avant tout sur le gîte, le couvert et l'éducation ? Les témoignages sont mitigés, qu'ils proviennent de pupilles de la nation, d'enfants en garde longue ou recueillis temporairement. Même dans les cas les plus positifs : « *ce n'est pas ma mère, mais c'est plus ma vraie mère que ma mère* »<sup>408</sup>, il reste toujours une quête obsédante sur cette origine qui fait défaut. Rares sont les enfants restés dans la région. Une petite minorité envoie parfois une carte postale.

On retrouve des éléments importants en regardant les liens tissés à partir du vécu de l'adoption<sup>409</sup>. Quelles que soient les causes et les modalités de l'adoption de l'enfant et quelle que soit la bienveillance des adoptants, il reste cette quête obsédante des origines, doublée d'une sorte d'angoisse permanente de l'abandon qui fait tester en permanence la solidité des liens, afin d'être réassuré mais peut-être jamais pleinement convaincu. Il n'en reste pas moins que l'adoption est ici une chance pour des enfants qui n'ont plus d'autre solution.

Les données les plus nombreuses portent sur la vie dans les familles recomposées. Une enquête de référence reste celle de Claude Martin. Il cherche à mesurer l'après divorce en étudiant ce lien familial qui risque d'être vulnérable. Adossé à la CAF, Caisse d'Allocations Familiales, il exploite les résultats d'une enquête quantitative par questionnaire qui obtient un taux de réponses d'un tiers. Cela fait mille répondants en 1987, puis les mêmes, trois ans plus tard en 1990. Regardons ici le volet qualitatif, réalisé avec 48 entretiens pour 24 configurations contrastées. Les protagonistes confient là en détail leur manière de ré-agencer des liens d'après-divorce. Ayant perdu la force d'une évidence, ces liens sont à négocier au quotidien, de manière plus contractuelle<sup>410</sup>. Dans une synthèse établie en 2001, Agnès Fine montre que ces tendances touchent le monde occidental mais pas le monde entier<sup>411</sup>.

**La situation des enfants en quasi-fratries.** Dans les configurations complexes observées, la situation des enfants attire tout particulièrement l'attention. On s'intéresse à leurs liens avec les

---

<sup>407</sup> A. Cadoret, *Parenté plurielle. Anthropologie du placement familial*, L'Harmattan, 1995.

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>409</sup> C. Delannoy, *Au risque de l'adoption. Une vie à construire ensemble*, La Découverte, 2004.

<sup>410</sup> C. Martin, *L'après-divorce. Lien familial et vulnérabilité*, Presses Universitaires de Rennes, « le sens social », 1997, Préface de J. Commaille (issu d'une thèse réalisée sous la direction de R. Castel, à l'Université de Paris VIII).

<sup>411</sup> A. Fine, « Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales contemporaines », dans : D. Le Gall et Y. Bettahar (dir.), *op. cit.*, pp. 69-93.

nouveaux conjoints des parents, à leurs résultats scolaires, à leur hébergement lors des gardes alternées. Les enquêtes qualitatives donnent aussi beaucoup de renseignements sur les liens qui s'établissent avec des demi ou quasi-frères ou sœurs. Agnès Martial montre à quel point le culturel se calque sur un biologique imaginé. Ainsi, à l'adolescence, les parents d'une famille recomposée supporteront mal qu'une idylle puisse naître entre quasi frère et sœur, alors que ces derniers n'ont aucun lien de sang entre eux. On projette néanmoins sur eux une prohibition proche de celle de l'inceste<sup>412</sup>.

Ce qui frappe le plus, c'est la variété des cas rencontrés, avec la multiplication des combinaisons possibles. Aude Poittevin montre, schémas à l'appui, à quel point les nouveaux liens fraternels s'étendent, faute toujours de s'entendre<sup>413</sup>. Cette attention portée à la situation des enfants débouche sur des tentatives de chiffrage, dans des travaux plus quantitatifs<sup>414</sup>.

**Fractions du père.** De la manière la plus qualitative, au quotidien, trois personnes différentes au moins peuvent tenir le rôle de père ou de beau-père auprès d'un enfant : celui qui donne ses gènes, celui qui donne son nom, celui qui donne une éducation. Dans une étude de cas restée célèbre chez les sociologues, Florence Weber décrit la biographie de cette jeune fille appelée Bérénice. Elle porte le nom d'un ex-mari de sa mère, alors qu'elle est par le sang la fille de l'amant de celle-ci à l'époque, et qu'elle a été élevée par un troisième homme, devenu un temps le compagnon de ladite mère. Ce dernier est le seul qu'elle appelle « papa ». Elle renonce à hériter de son géniteur, pourtant riche, car elle lui en veut de sa conduite. Elle considère une quasi sœur comme très proche. En revanche, elle ne veut avoir aucun lien avec les enfants de son géniteur qui sont pourtant des demi-frères et sœurs. En fait, elle aurait voulu être adoptée par celui qui l'a élevée. Mais il est pauvre et il est surtout désormais séparé de sa mère<sup>415</sup>.

**Mères et nounous.** On peut élargir le cercle des intervenants qui se succèdent ou se complètent autour du jeune enfant aux assistantes maternelles. Après tout, au milieu de relations qui peuvent devenir mouvantes et renégociées, ces dernières peuvent constituer un pôle de stabilité provisoire. Une enquête de Caroline Ibos permet de faire un point sur cette éventualité<sup>416</sup>. En fait, les nounous, plutôt pauvres, souvent étrangères, sont recrutées par des mères plus riches ayant une vie professionnelle intense. On se retrouve alors dans un contexte que les marxistes décriraient en termes de lutte des classes. Les nounous habitent loin et sont mal logées. Elles ont elles-mêmes des enfants dont elles ne peuvent pas beaucoup s'occuper car elles doivent gagner de l'argent. La relation entre la mère riche et indisponible et la nounou pauvre mais disponible n'est pas dénuée de conflits. La relation à l'enfant gardé est très variable : de la

---

<sup>412</sup> A. Martial, *S'apparenter. Ethnologie des liens de familles recomposées*, Edition de la Maison des Sciences de l'Homme, « Ethnologie de la France », 2003. Résumé par l'auteure dans : V. Bedin et M. Fournier (dir.), *La parenté en question(s)*, Sciences Humaines éditions, 2013, p 175 à 181.

<sup>413</sup> A. Poittevin, *Enfants de familles recomposées. Sociologie des nouveaux liens fraternels*. Presses Universitaires de Rennes, « Le sens social », 2006, à partir d'une thèse soutenue à l'Université Paris Descartes, sous la dir. de F. de Singly.

<sup>414</sup> P. Archambault, *Les enfants de familles désunies en France. Leurs trajectoires, leur devenir*, INED, 2007, Préface de M. Ségalen, à partir d'une thèse soutenue en 2001 à l'Université Paris Descartes.

<sup>415</sup> F. Weber, *Le sang, le nom, le quotidien : une sociologie de la parenté pratique*, Editions Aux lieux d'être, 2005. Le livre comporte huit cas ethnographiques très détaillés, dont celui de Bérénice, placé en premier et mis en accroche en quatrième de couverture. Au plan méthodologique, cette manière de procéder illustre une tendance de la sociologie à passer du social à base de statistiques comme chez Durkheim à la réalisation de portraits où l'individu est supposé révéler à lui seul tout le social. Résumé dans : V. Bedin et M. Fournier (dir.), *La parenté en question(s)*, Sciences Humaines éditions, 2013, p 174.

<sup>416</sup> C. Ibos, *Qui gardera nos enfants ? Les nounous et les mères*, Flammarion, 2012.

corvée à l'indulgence, voire à l'affection. Outre des entretiens, une observation fine décrit les nounous au square à l'heure du goûter. Pendant que les enfants gardés jouent dans le bac à sable, les nounous discutent entre elles. Surtout, elles téléphonent pour savoir si leurs propres enfants vont bien.

**Le choix de la vie sans enfant.** On peut aussi restreindre le cercle en s'interrogeant sur ces parents potentiels qui choisissent une vie sans enfant. Il s'agit d'étudier cette possibilité afin de comprendre un tel choix. Par rebond, cela peut éclairer aussi les choix ouverts aux couples qui rencontrent des obstacles à leur fécondité. Le contexte d'analyse de ce choix de vie sans enfant n'est pas du tout favorable. Aussi le sujet a-t-il été longtemps occulté.

Au milieu de toutes les analyses, le cas de ceux qui ne sont ni avec une grossesse qu'ils veulent interrompre, ni infertiles avec un désir d'enfant, risque en outre de passer inaperçus. Une enquête menée par Charlotte Debest permet de reconstituer les situations et les raisons de telles attitudes. Une trentaine de femmes et une vingtaine d'hommes expliquent tout l'itinéraire qui les conduit à cette vie sans enfant, sous le regard souvent très réprobateur de leurs proches<sup>417</sup>.

**Les conséquences d'une AMP.** Pour l'instant, il s'agit de voir comment fonctionne une analogie. L'analyse des compositions familiales variées est en effet désormais aussi relue à la lumière des conséquences éventuelles d'une AMP. On envisage ainsi l'impact que peuvent avoir les AMP avec tiers donneurs plus ou moins connus, avec porteuses ou gestatrices parfaitement identifiées, sans oublier les projets de coparentalités entre couples de gays et de lesbiennes incluant au besoin des célibataires. Comme tous ces cas sont récents ou interdits, le sociologue est conduit à regarder déjà les nombreuses combinaisons dues à d'autres causes, principalement le divorce. Dans tous ces cas, des enfants se retrouvent en effet avec une pluralité d'adultes qui se partagent de fait le soin de le concevoir, de le porter et d'en accoucher, de lui donner un état-civil, avant de le nourrir, de le vêtir, de le loger, de l'éduquer et de lui transmettre un patrimoine. Il sera certes bientôt temps d'enquêter directement auprès des bébés dits « éprouvette ». Dès qu'ils seront devenus adultes.

**Analogie entre don anonyme et accouchement sous X.** En se rapprochant de situations encore plus proches de certains types d'AMP, une autre analogie est souvent proposée à l'occasion des débats portant cette fois sur l'anonymat des tiers donneurs de spermatozoïde ou d'ovocyte. On utilise alors les données portant sur la manière de vivre les conséquences de l'accouchement sous X. Cette pratique juridique permet à une mère d'accoucher tout en préservant son anonymat. Cela permet ainsi d'abandonner l'enfant à sa naissance, pour une série de raisons répertoriées. Par suite, cela facilite l'adoption plénière dudit enfant. Pour autant, cette possibilité juridique ne fait pas droit aux questions d'accès à son origine que l'enfant ne manque pas de poser dès qu'il en a l'âge<sup>418</sup>.

---

<sup>417</sup> C. Debest, *Le choix d'une vie sans enfant*, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

<sup>418</sup> C. Ensellem, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, Presses Universitaires de Rennes, 2004, restitue parfaitement les débats qui ont conduit à reconsidérer les lois préservant l'anonymat de façon trop drastique. Il y a en effet une revendication lourde des enfants ayant grandi. Ils veulent mieux connaître leurs origines. Cela vient troubler le confort de la fiction juridique créée à la naissance pour faciliter l'adoption en effaçant le nom de la mère qui a accouché.

A nouveau, c'est par analogie qu'on s'efforce de comprendre une situation d'AMP jugée proche de l'accouchement sous X : celle d'un enfant « né de sperme inconnu » par exemple. Toutefois, les deux réalités ne se confondent pas. Il faut disposer d'un témoignage direct pour s'en rendre compte. On dispose du cas d'Arthur Kermalvezen qui fait un témoignage de manière très forte en 2008<sup>419</sup>. Grâce à lui, on dispose enfin de connaissances sur une situation qui émerge tout juste : l'arrivée à l'âge adulte des enfants nés avec intervention d'un tiers donneur ou donneuse dont on a préservé l'anonymat. Comme dans le cas de l'accouchement sous X, il est vrai que c'est le problème de l'accès aux origines face à un anonymat qui est posé. Cette question se pose à tous ces enfants devenus grands. Ils veulent tous percer le secret. Toutefois, les termes sont assez différents pour les enfants de l'AMP avec don anonyme. Dans le cas de l'accouchement sous X, devenu très rare depuis que l'avortement est légal, un enfant déjà né est confronté à une mère qui ne veut pas le garder (ou ne peut pas le faire). Dans le cas d'une AMP avec don de spermatozoïde ou d'ovocyte de la part d'une tierce personne, l'enfant non encore conçu est confronté à des parents qui le désirent fortement mais qui ne peuvent pas l'avoir sans faire intervenir cette troisième personne. Cette dernière s'avère alors apporter au moins tout son code génétique. Le contexte des origines est donc très contrasté.

A propos d'origines, le progrès scientifique conduit au passage à un paradoxe dans le domaine de la paternité. Pendant des siècles, le père a toujours été l'élément incertain de la filiation. Ce n'est qu'avec la connaissance des groupes sanguins que sont apparues les expertises de recherche en paternité. Encore celles-ci ne conduisaient-elles qu'à des réfutations, jamais à des certitudes. Il était impossible qu'un tel soit le père de l'enfant. Mais il n'était jamais parfaitement prouvé qu'il le fût. Il a fallu attendre la découverte de l'ADN pour disposer de tests apportant une preuve complète. C'est peu après que les techniques d'AMP avec donneur extraconjugal suggèrent de cacher certains pères que l'on ne saurait voir. Le cas du tiers donneur de sperme donne alors lieu à ce montage de la fiction juridique de l'anonymat. La mère, elle, a toujours été certaine, dès lors qu'elle est identifiée par la grossesse et l'accouchement. Il faut alors inventer d'autres fictions juridiques pour la mettre hors circuit dans les cas de don d'ovocytes ou de gestation pour autrui. Somme toute, la technique conduit à multiplier les intervenants dans une filiation alors que le droit réduit leur nombre pour retomber sur une apparence de deux, formant couple. Le tout s'opère dans un contexte d'évolution des mœurs et de jeux de pouvoir entre tous les acteurs.

**Le cas des couples de même sexe.** Une littérature qui rapproche plus directement encore de l'AMP est celle qui porte sur le vécu des couples de même sexe ayant pu obtenir un enfant, à un moment où cela est illégal en France. On a vu que cela se produit par différentes méthodes : ancienne liaison hétérosexuelle, adoption, coparentalité ou, justement, assistance médicale à la procréation. En cas d'AMP, il s'agit surtout d'insémination artificielle pour des lesbiennes voire de gestation pour autrui pour des gays. On le constate aisément, les situations ne sont pas symétriques. Il est plus facile de se procurer du sperme que des ovocytes et un utérus.

---

<sup>419</sup> A. Kermalvezen, *Né de spermatozoïde inconnu*, Presses de la Renaissance, 2008. Ce témoignage d'Arthur, interviewé par Blandine de Dinechin, a rencontré beaucoup d'échos. C'est une des premières fois qu'un enfant issu de techniques d'AMP raconte ce qu'il vit et livre ses interrogations. Il y a certes beaucoup d'échanges sur les réseaux sociaux entre les enfants devenus grands ayant eu ce type d'origine. C'est un des premiers dont le récit vécu est ainsi livré au grand public.

**Enfants chez des lesbiennes.** Le cas des mères lesbiennes est particulièrement bien étudié par Virginie Descoutures. Elle a pu mener des entretiens avec 24 couples de femmes avec enfants. Elle dispose donc de 48 témoignages, en ayant pris les configurations les plus variées de milieux sociaux, d'âges et surtout de moyens d'arriver à la procréation. Il ne s'agit pas de savoir si ces mères lesbiennes s'occupent bien des enfants ou si elles ressemblent aux parents hétérosexuels. Le questionnement porte sur ce conjugal qui n'est pas d'emblée parental. Le résultat est impressionnant, tant il contribue à faire tomber des idées reçues.

- D'une part, les proches, amis, voisins, collègues sont beaucoup plus tolérants qu'on ne pouvait le penser. Prenons le cas de cette femme militaire qui vit à la caserne avec sa compagne. Elle s'étonne que les épouses de ses collègues masculins invitent si volontiers ses enfants aux goûters d'anniversaires. Elle avait peur qu'ils soient ostracisés.

- D'autre part, des tensions fortes, pour tout dire irréductibles, perdurent au sein même du couple de femmes. Celle des deux qui n'a pas porté l'enfant aura toujours du mal à se positionner et éprouvera toujours une sorte d'inconfort, voire de ressentiment vis-à-vis de l'autre femme et parfois de l'enfant. Une des solutions consiste à porter tour à tour chacune son enfant. Mais cela n'atténue pas toutes les tensions, bien au contraire.

- Enfin, en général, l'homme qui a permis la procréation n'est pas le bienvenu ensuite<sup>420</sup>.

**Enfants chez des gays.** Le cas des pères gays n'est pas du tout le même. On dispose là des enquêtes d'Emmanuel Gratton<sup>421</sup> ou de Martine Gross<sup>422</sup>. Celles diligentées par le premier montrent que, pour des gays, la femme qui a permis la procréation n'est pas toujours mal venue ensuite. Elle donne ainsi à l'enfant un repère féminin et une information sur son origine. Dans l'optique de la GPA, cela va plus loin. Un couple gay sera plutôt enclin à chercher une femme qui apporte à la fois ovocyte et utérus (on dit souvent « mère » porteuse, pour distinguer ce cas de celui de la gestatrice qui n'apporte que son utérus). Alors qu'un couple hétérosexuel infertile souhaitera au moins apporter si possible l'ovocyte ou un embryon fécondé par le sperme du conjoint. Dans le cas d'un couple de gays, se pose le problème de décider de quel sperme inséminer.

L'enquête 2009 de Martine Gross permet d'affiner certains résultats. Elle diversifie encore l'échantillon, en prenant des gays en couple ou célibataires, ayant déjà des enfants ou ayant le projet d'en avoir, par GPA mais aussi par adoption ou par coparentalité.

**Parents homosexuels.** L'étude de l'homoparentalité au féminin ou au masculin devient ainsi un champ important d'exploration, initié par Martine Gross depuis trente ans en France<sup>423</sup>. Encore une fois, on n'insistera jamais assez sur l'aspect dissymétrique des situations des gays et des lesbiennes au regard de cette revendication à devenir parents. Il ne s'agit plus seulement de rappeler quelques évidences biologiques. Les enquêtes sociologiques font ressortir des contrastes très forts.

---

<sup>420</sup> V. Descoutures, *Les mères lesbiennes*, PUF-Le Monde, « Partage du savoir », 2010. Il est intéressant de voir que la sociologue avait des hypothèses fortes sur les stigmatisations dont ces femmes risquaient d'être victimes dans un contexte normatif hostile. Elle avait en revanche quelques prénotions sur une harmonie facile à établir au sein du couple après l'arrivée du ou des enfants. Les entretiens s'avèrent d'autant plus précieux pour nuancer tout cela.

<sup>421</sup> E. Gratton, *L'homoparentalité au masculin*, PUF-Le Monde, « Partage du savoir », 2008.

<sup>422</sup> M. Gross, *Choisir la paternité gay*, Editions Erès, 2012.

<sup>423</sup> M. Gross, *L'homoparentalité*, PUF, « Que sais-je ? », 2003. Cette synthèse repose beaucoup sur les travaux menés au sein de l'APGL, Association des parents et futurs parents gays et lesbiens, créée en 1986 pour les parents gays d'abord. Le néologisme d'« homoparentalité » est lancé en 1997. Une enquête par questionnaire auprès des 1300 adhérents est dépouillée, à partir des 221 répondants, pp. 26-28.

- L'entourage trouvera assez légitime que des femmes s'occupent d'enfants, même en l'absence de tout homme. Alors qu'il subsistera une réprobation forte à voir des hommes prendre soin d'enfants en l'absence de toute femme.
- En revanche, le couple de femmes connaîtra presque inéluctablement des tensions internes fortes et durables, pas forcément très perceptibles de l'extérieur. A l'inverse, le couple d'hommes cherchera plus facilement à équilibrer les rôles en interne. Ceux-ci sont bâtis sur d'autres fondements : aucun des deux n'a semble-t-il la prétention d'être mère.
- Enfin, les couples de lesbiennes ne souhaitent généralement pas trop s'encombrer d'un géniteur. A l'opposé, les couples de gays sont plutôt partisans de ne pas gommer complètement l'accès de l'enfant à la femme qui a participé à sa venue au monde.

**Parents hétérosexuels infertiles.** En littérature directe toujours, portant cette fois sur les couples hétérosexuels infertiles, différentes enquêtes portent sur les étapes qui conduisent au choix de l'AMP. Toute une série de travaux ont été initiés par le CECOS au milieu des années 2000. En particulier, Michela Marzano interroge une trentaine d'hommes stériles<sup>424</sup>. Ils doivent faire le deuil de leur capacité à engendrer, puis envisager un don de sperme, en surmontant une sorte d'humiliation, puis aussi une forte appréhension vis-à-vis du donneur potentiel. On comprend comment ces parcours conduisent alors à choisir une AMP, de préférence à d'autres options comme le renoncement à avoir un enfant ou l'adoption. C'est surtout la psychologie qui rend compte des désirs et des souffrances, des deuils aussi. En sociologie, encore une fois, on recherche plus des liens et des configurations qui s'installent ou évoluent.

**Le poids des représentations religieuses dans le choix d'une AMP.** Les recherches les plus récentes explorent aussi le poids des représentations dans les choix. Par exemple, le fait d'être chrétien, musulman ou juif va-t-il faire adopter un comportement particulier, plus conforme à une prescription religieuse sur ces sujets ? Séverine Mathieu recueille ainsi les confidences d'une vingtaine de couples qui consultent en vue d'une AMP et se préparent à franchir le pas, alors que des raisons religieuses peuvent les faire hésiter, voire les dissuader<sup>425</sup>. Dans une autre publication, elle détaille toutes les étapes du parcours de ceux qu'elle appelle Claire et Robin. Catholiques pratiquants, ils s'efforcent de composer avec la doctrine de l'Eglise sur le sujet<sup>426</sup>. L'auteure reconnaît qu'il y a ici un filtre dans son enquête. Quelqu'un de fortement fidèle aux prescriptions religieuses n'ira peut-être même pas consulter en vue d'une AMP. Il faut se tourner vers l'enquête d'Ekaterina Yudintseva pour tenter de saisir l'ambiance qui règne dans des familles catholiques plus traditionaliste<sup>427</sup>.

**Comparaisons avec des pays proches.** Il y a bien sûr des tentatives de comparaisons internationales, plutôt avec des pays proches géographiquement : de la Norvège à l'Espagne ou

---

<sup>424</sup> M. Marzano, enquête 2009 pour le CECOS de Cochin, citée dans : D. Mehl, *Lois de l'enfantement. Procréation et politique en France (1982 – 2011)*, Les Presses de Sciences Po, 2011, p 45.

<sup>425</sup> S. Mathieu, *L'enfant des possibles. Assistance médicale à la procréation, éthique, religion et filiation*, Les éditions de l'Atelier, 2013.

<sup>426</sup> S. Mathieu, Et Dieu dans tout ça ? AMP et aménagement des normes religieuses : une étude de cas, in : E. Aubin-Boltanski, A.-S. Lamine et N. Luca (dir.), *Croire en actes. Distance, intensité ou excès*, L'Harmattan, « Religions en question », 2014, pp. 133-145.

<sup>427</sup> E. Yudintseva, *La famille, pilier des catholiques traditionalistes en France*, L'Harmattan, « Logiques sociales », 2015. Doctorante du CERLIS, à l'Université Paris Descartes. Elle donne beaucoup de précisions sur ses enquêtés, en particulier les responsables religieux, prescripteurs auprès des familles. C'est tout juste si leur anonymat est préservé. Dans certains cas, autant donner leur nom directement.



à la Hongrie<sup>428</sup>. Elles sont peu méthodiques car tributaires de la disponibilité plutôt lacunaire des données. On aura alors recours à des monographies sur les différents pays. On trouve aussi une comparaison entre la Russie et la France en fin de présentation des grandes enquêtes de l'INED<sup>429</sup>. Ce dernier cas est particulièrement intéressant car la Russie se trouve en situation très contrastée avec la France sur ces thèmes : avec une législation très défavorable aux homosexuels mais avec une ouverture très grande à la gestation pour autrui en faveur des couples hétérosexuels infertiles. Dans tous les cas, l'enjeu est de mesurer l'impact de législations contrastées sur les choix ou sur le vécu quotidien des familles concernées. Les contrastes constatés permettent d'expliquer en grande partie le développement du « tourisme procréatif ».

**Vers des comparaisons plus exotiques.** En allant de la sociologie à l'ethnologie, certains spécialistes établissent des comparaisons particulièrement exotiques. Des cas extrêmes sont alors présentés, en Afrique, Asie ou Océanie. Il s'agit de montrer que toutes les combinaisons se trouvent, dans un échantillon très élargi de civilisations. En fait, ce sont toujours les quatre ou cinq mêmes exemples qui sont donnés pour faire réfléchir.

- Chez les Tobriandais d'Océanie décrits par Malinowski, le père est présent mais il s'efface vite devant l'oncle maternel de son enfant.
- Chez les Na de Chine, décrits par Hua, le père est d'emblée effacé au profit d'un ou plusieurs oncles.
- Chez les Samos du Burkina Faso décrits par Françoise Héritier, la jeune femme peut d'abord avoir un enfant avec son amant de cœur. Ensuite, on lui arrange un mariage avec un homme plus riche et âgé à qui elle donne une lignée.
- Chez les Nuers du Soudan décrits par Evans-Pritchard, certaines femmes ont des relations sexuelles officielles entre elles. Chez les Azandés, ce sont les hommes qui sont encouragés à avoir des relations sexuelles entre eux.

Une lecture hâtive de ces quelques cas fait dire que le monde est fait de variété et que cela doit être une leçon de tolérance vis-à-vis des formes monoparentales, recomposées ou homoparentales de familles<sup>430</sup>. Or, la tolérance est une valeur trop belle pour être défendue en s'appuyant sur des cas aussi fragiles.

- Dans le système matrilineaire des Na qui efface complètement le père, il arrive qu'un père devienne l'amant de sa fille, puisqu'il n'est pas officiellement son père.
  - Chez les Tobriandais, une controverse célèbre montre qu'il n'est pas sûr que les hommes et les femmes sachent véritablement comment un bébé arrive. En d'autres termes, on ne sait peut-être pas ce qu'est un spermatozoïde. Cela conduirait alors à minorer le rôle du géniteur.
  - Dans le système patrilinéaire des Azandés, il y a infanticide des petites filles et polygamie des hommes riches et âgés. Les hommes jeunes et pauvres ne peuvent ainsi rencontrer aucune femme, puisqu'elles sont mortes ou déjà prises. On encourage donc les relations sexuelles entre eux.
  - Chez les Nuers, ce sont les femmes riches, stériles ou ménopausées, qui peuvent prendre une jeune épouse féconde. Celle-ci prendra un amant pour donner à la femme âgée un enfant.
- Avec ces quelques précisions ethnologiques, il est moins sûr que tous ces exemples fassent autant rêver.

---

<sup>428</sup> E. Porqueres i Gené (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Editions de l'EHESS, « Cas de figure », 2009.

<sup>429</sup> C. Lefebvre et al., dans : A. Régnier-Loilier (dir.), *Portraits de familles. L'enquête Etude des relations familiales et intergénérationnelles*, Les éditions de l'INED, 2009, chapitre 20, pp. 515-536.

<sup>430</sup> V. Bedin et M. Fournier (dir.), *op. cit.*, Partie I, pp. 11-54. Même B. Pulman, *op. cit.*, dans son grand livre, verse à un moment dans ces comparaisons exotiques, heureusement avec plus de précautions.

Cette approche structurelle est parfois combinée avec une approche historique. Agnès Fine complète alors ce type d'exploration géographique par une remontée jusqu'à la Grèce antique<sup>431</sup>. A chaque fois, l'idée est de montrer que, dans l'espace et dans le temps, la parenté comporte une dimension choisie très importante, créative de configurations multiples. On le croit volontiers. Cependant, ces travaux évitent soigneusement de poser la question des configurations les meilleures ou, au moins, d'un éventuel progrès dans les formes successives.

### § 3. Les enquêtes quantitatives

Devant le nombre d'enquêtes qualitatives, on ne peut qu'être déçu du peu de données quantitatives disponibles. Au résultat, par le qualitatif, on connaît la variété des trajectoires et des façons de vivre au sein des nouvelles formes de parenté et de filiation. En revanche, par manque de quantitatif, on sait mal mesurer le poids exact que chaque cas représente par rapport au total d'une population.

**Les chiffres clés.** On dispose toutefois de quelques données chiffrées assez générales. Prenons la synthèse réalisée par Martine Segalen pour les *Cahiers français*<sup>432</sup>. Deux chiffres clés pour commencer. En France, plus d'un enfant sur deux naît hors mariage (55%). Par ailleurs, presque un mariage sur deux se termine par un divorce (46%). Cela permet de mieux contextualiser le tableau suivant qui croise la situation familiale des enfants mineurs en France en 2009, suivant trois tranches d'âge.

Situation familiale / âge de l'enfant	0-6 ans	7-13 ans	14-17 ans
En famille traditionnelle	82,2%	72,8%	66,9%
En famille recomposée	7,2%	9,9%	9,8%
En famille monoparentale	10,1%	16,6%	19,0%
Hors famille	0,5%	0,7%	4,3%
Total	100%	100%	100%

Source : INSEE Première, n° 1259, octobre 2009.

On lit ainsi que 82,2% des enfants de 0 à 6 ans vivent au sein d'une famille traditionnelle ; que 9,9% des enfants de 7 à 13 ans vivent dans une famille recomposée ; que 19% des enfants de 14 à 17 ans vivent en famille monoparentale. Comme le champ est la France métropolitaine, cela représente presque quatorze millions d'enfants mineurs. Ainsi, pour reprendre les chiffres de l'INSEE en 2009, « 1,2 million d'enfants de moins de 18 ans vivent dans une famille recomposée ». On comprend l'attention des sociologues à leur égard. Plus encore vivent dans une famille monoparentale : 2 millions avec une mère seule ; 300 000 avec un père seul.

<sup>431</sup> A. Fine (dir.), *Adoptions. Ethnologie des parentés choisies*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1998. Les dix contributions réunies ont pour point commun de démontrer que la volonté humaine est plus forte que les contraintes biologiques. Bref, les choix culturels sont plus forts que le poids de la nature.

<sup>432</sup> M. Ségalen, Les nouvelles formes de la conjugalité : du désordre dans l'institution ? in *Cahiers Français*, n° 371, novembre-décembre 2012 ; repris dans *Cahiers Français*, n° 383, novembre-décembre 2014, pp. 41-49.

**Les cas rares et extrêmes sont les plus étudiés.** Devant ces chiffres, on constate que les chercheurs ont, dans ces domaines, une sorte de préférence pour les cas extrêmes. Autrement dit, la plupart des enquêtes qualitatives portent sur des cas en fait peu fréquents. Par exemple, on évoque souvent l'accouchement sous X, alors que seulement quelques centaines d'enfant par an naissent ainsi en France depuis la légalisation de l'avortement. On va être fascinés par les 4% de pères qui prennent un congé parental, alors qu'ils représentent 20 000 hommes atypiques sur des millions. La vaste littérature sur les enfants vivant au sein de couples de même sexe concerne entre 24 000 et 40 000 enfants<sup>433</sup> (plus de 100 000 selon les associations LGBT). Les adoptions concernent 20 000 enfants par an, à cause de la pénurie bien connue des enfants à adopter. Il n'est pas question de reprocher aux chercheurs leurs thèmes de recherche. Bien souvent, c'est par l'étude des marges et l'analyse des signaux faibles que la connaissance du social arrive le mieux. De même, le juriste travaille sur les quelques vides juridiques qui font exception à la règle. De même le journaliste cherche le scoop qui fera de l'audience. Il convient simplement d'être conscient de la forêt, alors même que l'on ne regarde qu'un seul arbre.

Avec 500 000 personnes qui consultent chaque année pour des problèmes d'infertilité, on approche d'un chiffre plus massif (donné par Séverine Mathieu). C'est plus que le nombre de mariages et de Pacs additionnés en 2015<sup>434</sup>. On a vu plus haut la proportion de ceux qui débouchent sur une AMP et le nombre d'enfants qui en résultent.

**Les cas fréquents et classiques sont moins analysés.** A l'inverse, des situations très répandues restent peu explorées. Par exemple, le cas des femmes seules avec enfant, qu'on n'ose plus appeler « mères célibataires » et que l'on range dans la rubrique famille monoparentale, intéresse peu de sociologues. Il n'y a que la chanson : « elle a fait un bébé toute seule » pour poser certaines questions. Pourtant, l'enjeu est de rendre compte de la situation de plus de deux millions d'enfants. Il faut bien sûr distinguer les situations subies, acceptées, voire voulues. Le cas de femmes riches qui peuvent plus facilement assumer la situation est très différent de celui de femmes pauvres qui se retrouvent dans une précarité très préoccupante avec les enfants. On comprend au passage que le divorce par consentement mutuel soit plus fréquent dans les catégories sociales aisées alors que le divorce pour faute est plus souvent plaidé dans les catégories sociales défavorisées. Il y a heureusement l'enquête de Gérard Neyrand et Patricia Rossi, menée à Marseille dans les années 2000, pour avoir quelques lumières sur ce sujet majeur de la monoparentalité des femmes<sup>435</sup>. Pour l'instant, les trois cents milles enfants ayant un père en solo restent aussi dans l'ombre. Quant à la famille dite traditionnelle qui accueille encore plus de 80% des jeunes enfants en France, peu de chercheurs s'y intéressent désormais. Il y a au moins Ekaterina Yudinsteva.

**Des évolutions quantitatives parfois rapides.** Il est vrai que des évolutions quantitatives spectaculaires peuvent rendre vite périmées des enquêtes qualitatives pourtant sérieuses mais ponctuelles. Ainsi, Wilfried Rault enquête sur le pacte civil de solidarité (PACS) moins de dix ans après que cette forme d'union civile plus souple que le mariage ait été légalisée en 1999. Il réalise une cinquantaine d'entretiens, autant d'hommes que de femmes, autant de couples de

---

<sup>433</sup> V. Bedin et M. Fournier, *op. cit.*, p 98. Reprenant les *Cahiers français*.

<sup>434</sup> En France, en 2015, il y a eu 239 000 mariages (dont 231 000 entre personnes de sexes différents). Par ailleurs, 168 682 PACS ont été enregistrés en 2013 (derniers chiffres disponibles). Source : INSEE.

<sup>435</sup> G. Neyrand et P. Rossi, *Monoparentalité précaire et femme sujet*, Erès, « Pratiques du champ social », 2004, 2<sup>ème</sup> édition, 2007.

sexes différents que de couples de même sexe<sup>436</sup>. En effet, le PACS est fait en particulier pour donner un statut aux unions homosexuelles. Au moment de l'enquête, le nombre de PACS est déjà passé à 40 000 en 2004. Personne ne se doute alors que le nombre de PACS va atteindre 204 000 en 2010 (dont 195 000 pour des unions hétérosexuelles). En fait, ce chiffre est en train de rejoindre le nombre de mariages qui, lui, baisse. Ce dernier est de 245 000 en 2010<sup>437</sup>.

#### § 4. L'évolution des thèmes

Chacun s'accorde à reconnaître que les dernières décennies sont marquées par des changements sans précédent. Il est intéressant de suivre l'évolution des thèmes de recherche. Cela permet de voir s'ils précèdent ou s'ils suivent les nouvelles normes édictées. Autrement dit, ces travaux alimentent-ils les débats avant, ou permettent-ils des évaluations après la promulgation de nouvelles lois ?

**Quarante enquêtes sont ici ré-exploitées dans l'ordre chronologique sur vingt ans** (la date est celle de publication). Cela donne le tableau suivant.

Date	Auteur	Thème	Terrain	Méthode
1995	<b>Cadoret</b>	<i>Placement en famille d'accueil</i>	Le Morvan	30 entretiens
1997	<b>Déchaux</b>	<i>Souvenir des morts</i>	Cimetières	45 entretiens+17
1997	<b>Martin</b>	<i>L'après divorce</i>	Avec la CAF	2 questionnaires à 3 ans d'écart et 48 entretiens
1998	<b>Fine (dir.)</b>	<i>Adoptions et parentés choisies</i>	Dix contributions sur l'affectif qui prime	Géographie-histoire
2001	<b>Gavarini</b>	<i>Filiation, procréation, éducation</i>	A l'aube du 21 <sup>ème</sup> siècle	Imaginaire social
2002	<b>Attias-Donfut, Lapierre, Segalen</b>	<i>Grands-parents et liens entre générations</i>	Prolonge une enquête quantitative CNAV	100 entretiens pour 30 lignées
2003	<b>Gross</b>	<i>Homoparentalité</i>	Adhérents AGPL (Gays et Lesbiennes)	285 questionnaires
2003	<b>Martial</b>	<i>Liens entre quasi frères et sœurs</i>	Surtout Toulouse	30 biographies
2004	<b>Iacub</b>	<i>Histoire du droit de la maternité</i>	Depuis 1804	Textes du droit
2004	<b>Delannoy</b>	<i>Véçu de l'adoption</i>	Auprès des adoptés	Récits de vie

<sup>436</sup> W. Rault, *L'invention du PACS. Pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union*, Les Presses de Sciences Po, « Sociétés en mouvement », 2009. A partir d'une thèse réalisée à l'Université Paris Descartes sous la dir. de F. de Singly. Le plan du livre suit le guide d'entretien : choisir, enregistrer, célébrer, se représenter, suivant les caractéristiques sociodémographiques des pacsés.

<sup>437</sup> Ces chiffres sont toujours repris de la synthèse réalisée par M. Segalen pour les *Cahiers français*, op. cit. Pour une mise à jour, voir : « Les familles d'hier à aujourd'hui », dans, « Les métamorphoses de la société française », *Les grands dossiers des Sciences Humaines*, n°44, septembre-octobre-novembre 2016, pp. 66-67 (où sont repris tous les chiffres clés de l'INSEE).

2004	<b>Ensellem</b>	<i>Accouchement sous X</i>	Impact de la loi de 2002	Clivages dans les discours
2005	<b>Weber</b>	<i>Les trois dimensions de la filiation</i>	Le sang, le nom, la vie au quotidien	8 ethnographies ou cas cliniques
2006	<b>Poittevin</b>	<i>Enfants des recompositions familiales</i>	Configurations multiples	Entretiens
2007	<b>Archambault</b>	<i>Enfants de familles désunies</i>	Avec l'INED	Enquêtes quantitatives
2007	<b>Neyrand et Rossi</b>	<i>Monoparentalité et fragilité</i>	A Marseille, avec la Région PACA	Rencontre de femmes seules et d'intervenants
2007	<b>Jacques</b>	<i>Accouchement</i>	Maternité, à domicile	Presque 100 cas
2008	<b>Mennesson</b>	<i>Gestation pour autrui</i>	Suivi des débats	Témoignage
2008	<b>Kermalvezen</b>	<i>Né de sperme inconnu</i>	Interviewé	Témoignage
2008	<b>Mehl</b>	<i>Enfants du don</i>	Critique de l'anonymat	Entretiens
2008	<b>Gratton</b>	<i>Pères gays</i>	Couples d'hommes	27 entretiens
2009	<b>Rault</b>	<i>Débuts du PACS</i>	Hétérosexuels et homosexuels	46 entretiens
2009	<b>Marzano</b>	<i>Pères stériles</i>	Avec le CECOS	30 entretiens
2009	<b>Régnier-Loilier (dir.)</b>	<i>Relations familiales et intergénérationnelles</i>	Avec l'INED	Quantitatif, avec 10000 personnes
2009	<b>Porqueres et Gené (dir.)</b>	<i>Comparaisons entre pays sur la parenté</i>	International	Monographies
2010	<b>Descoutures</b>	<i>Mères lesbiennes</i>	24 couples de femmes	48 entretiens
2010	<b>Pulman</b>	<i>Les médecins et les « 1001 façons » de faire les bébés</i>	Auprès des équipes médicales	Observations participantes
2010	<b>Théry</b>	<i>Anonymat des donneurs de gamètes</i>	Débats sur l'accès aux origines	Clivages dans les positions
2010	<b>Segalen</b>	<i>A qui appartiennent les enfants</i>	Depuis le Moyen-âge	Histoire
2011	<b>Mehl</b>	<i>Lois de l'enfantement, 1982-2011</i>	Trente ans de débats	Clivages politiques
2012	<b>Ibos</b>	<i>Rôle des nounous</i>	Nourrices étrangères	Récits de vies
2012	<b>Gross</b>	<i>Paternité gay</i>	Par GPA ou autre	46 cas
2013	<b>Théry (dir.)</b>	<i>Pour la filiation dans le mariage de même sexe</i>	Controverse avec l'UNAF	8 plaidoyers
2013	<b>Mathieu</b>	<i>Recours à l'AMP et religion</i>	Couples infertiles qui consultent (138)	20 entretiens (31 personnes)
2014	<b>Debest</b>	<i>Choix d'une vie sans enfant</i>	33 femmes et 18 hommes	51 entretiens
2014	<b>Bedin, Fournier (dir.)</b>	<i>Cercle d'experts de différentes disciplines sur la parenté</i>	Sept sociologues plus ou moins engagés	Synthèses par thèmes

2014	<b>Lafontaine</b>	<i>Enjeux économiques du biomédical</i>	Mondialisation vue du Canada	Marchandisation des corps
2015	<b>Yudintseva</b>	<i>Familles traditionnelles comme refuge</i>	Familles et prescripteur religieux	24 entretiens
2015	<b>Béraud, Portier</b>	<i>Mobilisation catholique depuis le mariage pour tous</i>	Bilan et tensions	Après les Manif. pour tous
2016	<b>Théry</b>	<i>Vers la filiation pour tous</i>	Le combat continue	Prospective
2016	<b>Théry fils</b>	<i>La sociologue et l'ourson</i>	Combats de sa mère	Film

Il convient alors de croiser ces travaux avec les tournants législatifs de 1994, 2002, 2005, 2013.

Cinquante ans et dix lois :

- 1969, contraception (dite Neuwirth)
- 1975, avortement ou IVG (dite Weil)
- 1975, consentement mutuel pour le divorce
- 1994, lois de bioéthique, avec un volet assistance médicale à la procréation, AMP
- 1999, PACS, union plus souple que le mariage
- 2002, coparents, au-delà des ruptures conjugales
- 2002, choix du nom du père ou de la mère
- 2005, enfants naturels et enfants légitimes, même droits
- 2013, mariage entre personnes de même sexe (dite *Taubira*)
- 2018, révision des lois de bioéthique (au plus tard)

On voit bien que les thèmes explorés par les chercheurs évoluent. On passe de l'après divorce et du suivi des familles recomposées à la parenté plurielle. En s'approchant de l'AMP, on aborde ensuite le cas des couples infertiles puis celui de l'anonymat des donneurs. On arrive enfin aux unions entre personnes de même sexe et à leur possible homoparentalité.

**Tournants législatifs et enquêtes.** A cet égard, les tournants législatifs s'appuient sur les recherches, puis les relancent. C'est particulièrement manifeste dans le cas des deux rapports dirigés par la sociologue Irène Théry : celui de 1998 et celui de 2014<sup>438</sup>. Là, une mise à plat des données est explicitement orientée vers la proposition de réformes. Le lien entre enquête et visée réformatrice est plus latent la plupart du temps. Il est souvent implicite qu'une étude de

<sup>438</sup> I. Théry (dir.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité (Martine Audry) et au garde des Sceaux, ministre de la Justice (Elisabeth Guigou), Editions Odile-Jacob / La Documentation française, 1998 ; I. Théry (dir.), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport pour le ministère des affaires sociales et de la santé, à la ministre déléguée à la famille (Dominique Bertinotti), La Documentation française, 2014.

terrain fait le lit d'une évolution normative ou émerge des conséquences d'une nouvelle règle. Il faut aussi regarder qui a commandité l'enquête : CAF sur l'après-divorce ? CECOS sur les couples infertiles ? CNAV sur le rôle des grands-parents ? APGL sur l'homoparentalité ? La Sécurité sociale, les « banques de sperme » ou les associations LGBT n'ont évidemment pas le même point de vue sur ces sujets.

**Trois histoires immédiates.** Trois histoires immédiates permettent d'observer avec recul ces basculements entre descriptions et prescriptions, entre explication positive et intervention normative.

- S'agissant de l'accouchement sous X, Cécile Ensellem suit avec minutie les débats qui conduisent à la création du Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP) en 2002. Il y a là un long chemin, qui va des règles de l'abandon d'enfant à l'introduction de l'anonymat sous X en 1993 à cette prise en compte nouvelle mais très limitée d'une possibilité d'accès à ses origines pour l'enfant<sup>439</sup>.

- S'agissant de l'assistance médicale à la procréation, Dominique Mehl regarde la reconduction en 2011 des lois dites de bioéthique de 1994, pour ce qui concerne le volet de l'enfantement par AMP. Elle reprend les trois dossiers les plus brûlants que sont : 1) l'anonymat des dons de sperme ou d'ovocyte, 2) la gestation pour autrui, 3) l'union entre personne de même sexe et leur accès à la filiation. Elle fait une description minutieuse. En même temps, elle dénonce ce qu'elle juge être de l'immobilisme. Elle attend avec impatience les révisions de 2018<sup>440</sup>.

- S'agissant du mariage entre personnes de même sexe, Martine Gross et Claire Neirinck, une sociologue et une juriste, regardent la loi de 2013 dite du « mariage pour tous », concernant l'union entre personnes de même sexe mais aussi leurs possibilités, restreintes, d'avoir des enfants<sup>441</sup>.

**Trois rétrospectives d'un passé plus lointain.** Après ces trois histoires immédiates, trois rétrospectives à forte composante sociologique nous font remonter plus loin dans le temps.

On remonte aux années 60 ou 70 avec Gavarini. L'auteure ne se contente pas d'étudier les années 80, 90 et 2000. Elle fait ressortir une continuité entre les années contraception et avortement où l'enfant qui peut venir n'arrive pas et les années AMP et filiations introuvables où l'enfant qui ne pouvait pas venir arrive quand même. Bref, elle fait le lien entre les années de sexualité sans procréation et les années de procréation sans sexualité. Les deux étapes étant permises par des techniques biomédicales proches. Elle montre en outre que nous sommes déjà dans une troisième période où l'enfant tant désiré et instrumentalisé peut devenir objet et sujet de violence. Sont mises en avant les figures malheureuses de l'enfant maltraité et de l'enfant délinquant<sup>442</sup>.

On remonte à Napoléon et à son Code civil pour retracer les affres de la maternité avec Marcela Iacob. Cette auteure s'intéresse avant tout à l'histoire juridique des mères. Elle compare le Code de 1804 à la situation du droit depuis 1972.

---

<sup>439</sup> C. Ensellem, *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

<sup>440</sup> D. Mehl, *Lois de l'enfantement. Procréation et politique en France (1982 – 2011)*, Les Presses de Sciences Po, 2011.

<sup>441</sup> M. Gross et C. Neirinck, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, La Documentation française, « Place au débat », 2014.

<sup>442</sup> L. Gavarini, *La passion de l'enfance. Filiation, procréation et éducation à l'aube du XXème siècle*, Denoël, 2001 ; Hachette, « Pluriel », 2004. La continuité établie entre les années 60, 70 et la suite d'une part ; la teneur inquiète de la prospective d'autre part détonne dans l'ensemble de la littérature sur ces sujets. C'est peut-être pour cela que cet ouvrage fondamental n'est que rarement cité par les autres spécialistes.

- Au XIX<sup>ème</sup> siècle, tout est possible pour la femme dès lors qu'elle est mariée. Son mari est réputé être le père de l'enfant, même lorsque cela est à l'évidence impossible. Les fausses grossesses et les adoptions clandestines ne sont pas pénalisées. Seule la fille-mère qui accouche hors mariage est l'objet de toutes les désapprobations. Cela se répercute sur l'enfant né dans ces conditions honteuses. En définitive, il y a une perspective volontariste de la loi : le mariage offre une filiation paternelle à l'enfant sans qu'on y regarde de trop près. Mais il y aurait excès à affirmer pour autant que le mariage permettait tout à la femme, la présomption de paternité étant fondée sur la plus forte vraisemblance, donc sur le cas général de la femme qui porte l'enfant de son mari.

- Au XXI<sup>ème</sup> siècle, l'institution du mariage est très largement fragilisée. On trace l'origine biologique des pères facilement. La référence n'est plus la femme mariée mais la femme qui accouche. D'autant qu'elle maîtrise sa procréation, voire stimule sa fécondité. C'est plutôt la femme qui accouche sans garder l'enfant, pour le compte d'une autre, qui fait l'objet de controverses. En définitive, nous sommes passés à une perspective biologisante de la loi : c'est « l'empire du ventre ».

Marcela Iacub exprime alors une nostalgie vis-à-vis du Code napoléonien. Non pas pour revenir en 1904 mais pour restaurer une dimension plus volontariste et moins biologisante dans la filiation<sup>443</sup>.

On remonte au Moyen-âge pour savoir « à qui appartiennent les enfants » avec Martine Segalen. Cette auteure montre que :

- Du Moyen-âge à l'Ancien Régime, l'enfant appartient à sa famille, y compris pour le faire travailler.

- Au XIX<sup>ème</sup> siècle, l'enfant appartient à l'Etat, y compris pour le mobiliser ou pour le scolariser.

- Au XX<sup>ème</sup> siècle, l'enfant appartient à sa mère, surtout après les revendications féministes des années 70 et les gardes confiées à l'issue d'un divorce.

- Au XXI<sup>ème</sup> siècle, il est possible que l'enfant appartienne... à lui-même, individu décrété autonome très jeune. A moins qu'il n'appartienne à ses camarades, via les réseaux sociaux dans lesquels il baigne dès son plus jeune âge. Par cette attraction envers ses pairs, il appartient alors aussi à ceux qui contrôlent tous les nouveaux médias de communication<sup>444</sup>.

**Interférences entre calendrier des lois et agenda des enquêtes.** Les mœurs précèdent les lois, suivant l'adage de Montesquieu. Dans ce processus, les sociologues observent les mœurs. Ils sont aussi sollicités pour regarder à l'avance l'impact d'une future loi. Parfois, ils en évaluent les conséquences a posteriori.

Il est intéressant de remarquer que les lois qui font le plus de bruit ne sont pas celles qui opèrent les transformations les plus profondes : PACS (1999) et mariage pour tous (2013) ont suscité beaucoup de controverses et de contestations. Pour autant, ces lois interviennent alors que les fondements du mariage sont depuis longtemps fragilisés (1975). En revanche, le recours à l'AMP (1994), la coparentalité au-delà des ruptures conjugales (2002), les droits égaux des enfants indépendamment de leur origine, légitime ou pas (2005), introduisent des changements très profonds dans la filiation. Ces lois sont pourtant beaucoup moins contestées et médiatisées.

---

<sup>443</sup> M. Iacub, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004. L'évolution sulfureuse ou fantaisiste de cette auteure depuis n'enlève rien au fait que ce livre constitue une référence majeure sur le sujet.

<sup>444</sup> M. Ségalen, *A qui appartiennent les enfants ?* Tallandier, 2010.



Souvent, les enquêtes précèdent les mesures législatives. Comme si elles suivaient les mœurs avant que les lois ne prennent le relais. Comme si, aussi, les sociologues appréciaient d'être utilisés pour nourrir les débats de société et fournir des éclairages avant la prise de décision. Comme si parfois également ils prenaient fait et cause pour des groupes faisant du lobbying ou pour des partis politiques s'efforçant d'arriver au pouvoir. Tout cela est parfaitement légitime dans la délibération démocratique. On peut néanmoins noter l'absence d'une culture de l'évaluation dans ces domaines en France. Une fois une loi votée, on passe souvent à la suivante, sans trop se préoccuper d'enquêter sur les impacts, sans trop mesurer les effets produits. Les chercheurs eux-mêmes semblent parfois moins enclins à se pencher sur des acquis. Ils anticipent déjà l'étape suivante. Pourtant, maintes conséquences de décisions passées ou présentes restent encore mystérieuses. On pense ici aux enfants nés par AMP.

En définitive la séquence semble être la suivante : un biologiste découvre une technique, quelques familles concernées s'en saisissent, un journaliste tient un scoop, un groupe d'intérêt s'organise, une sociologue fait une enquête qualitative, des députés votent une loi, préparée par une ministre qui lui donne son nom. Parfois, des gens manifestent. C'est tout cela qui mérite d'être reconstitué plus avant. On passe alors de la sociologie de la famille à la sociologie politique.

## Chapitre II. Les pratiques

En droit français, les pratiques d'assistance médicale à la procréation (AMP) sont encadrées juridiquement. Les règles à suivre sont sanctionnées<sup>445</sup>. La gestation par personne interposée est interdite. Le « désir d'enfant<sup>446</sup> » conduit parfois des couples ou des célibataires à contourner ces règles sur le territoire français. Il existe ainsi des cas d'AMP artisanales ou de gestation pour autrui. L'existence de règles plus permissives dans certains pays favorise en outre ce que l'on a pu appeler « tourisme procréatif<sup>447</sup> » pour souligner que le séjour à l'étranger a alors pour but la conception d'un enfant. C'est entre les lignes qu'il est possible de rendre compte, hors cadre légal, de l'apparition d'une situation de « droit à l'enfant<sup>448</sup> ».

Il s'agit, dans la présente section, d'analyser les pratiques d'assistance médicale à la procréation (Section I) et de gestation pour le compte d'autrui (Section II) dans leur environnement légal, sur le territoire français, y compris lorsqu'un passage à l'étranger s'y combine. La question des troubles de l'identité sexuée interfère en soulevant des questions spécifiques (Section III).

### Section I. Les pratiques d'assistance médicale à la procréation

Depuis les premières lois bioéthiques de 1994, le législateur s'est montré vigilant pour ne pas donner libre cours à tout désir d'enfant. Même si l'évolution des techniques médicales a ouvert l'accès à de nouveaux modes de procréation et fait miroiter à certains couples qu'ils allaient pouvoir enfanter avec l'aide de la science, un cadre strict a été posé pour endiguer certaines demandes jugées de pure convenance personnelle ou incompatibles avec le droit commun de la filiation rattachant l'enfant à ses père et mère, dans l'intérêt de l'enfant. Un lien avec la procréation naturelle – l'enfant étant le fruit de la chair de ses père et mère au terme d'une relation sexuelle – est maintenu pour que les êtres humains ne soient pas réduits à l'état d'incubateurs et que d'autres ne puissent pas recourir aux services de médecins peu scrupuleux, qualifiés d'apprentis sorciers aux premières heures des avancées de la bioéthique. De sages garde-fous sont placés, imposant davantage de contraintes aux candidats à l'assistance médicale à la procréation que lors de la conception naturelle d'un enfant par un homme et une femme. Dès lors qu'ils doivent obtenir l'entremise d'un médecin dans le cadre d'une insémination artificielle, d'une fécondation *in vitro*, d'une ICSI<sup>449</sup> ou de toute autre méthode reproductive, ils sont tenus d'accepter les protocoles mis au point en 1994 et à peine retouchés en 2004 et 2011 en matière de procréation artificielle.

De larges possibilités sont offertes aux candidats à l'assistance médicale à la procréation, qu'elle soit intraconjugale ou extraconjugale, et nombreux sont les enfants ainsi nés en France. Pour autant, toutes les demandes ne peuvent pas être entendues<sup>450</sup> et, on le sait, des personnes,

---

<sup>445</sup> V. M. Fabre-Magan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, op. cit. ; A. Mirkovic, *PMA, GPA et droits de l'enfant*, Téqui, 2016.

<sup>446</sup> A. Mirkovic, Le désir d'enfant contrarié. La gestation pour autrui, *RLDC*, nov. 2010, n° 76, pp. 95-97.

<sup>447</sup> V. Glossaire.

<sup>448</sup> *Supra*, pages 23 et 24.

<sup>449</sup> Injection *intra* cytoplasmique permettant d'injecter un spermatozoïde unique directement dans le cytoplasme de l'ovule.

<sup>450</sup> N. Litaize, *Le droit à l'enfant*, thèse Université de Lorraine, 2013.

portant un projet d'enfant non recevable au regard de la stricte réglementation française, s'affranchissent de ces contraintes pour tenter leur chance dans des pays plus permissifs, en toute conscience d'enfreindre les lois bioéthiques insérées dans le Code civil, le Code de la santé publique et le Code pénal.

Pour comprendre pourquoi les candidats à la procréation médicalement assistée se tournent vers des centres étrangers, il importe de commencer par dresser le tableau de la situation actuelle française dans le domaine de la reproduction assistée<sup>451</sup>.

## **§ 1. L'encadrement des techniques d'assistance médicale à la procréation**

Par principe, l'aide de la science peut être apportée aux couples en mal d'enfant qui bénéficient déjà de l'amélioration du suivi des grossesses, des progrès de l'obstétrique et de la néo-natalité. Cette même science est ensuite venue au secours des personnes privées de la chance d'être parents pour des raisons médicales, les spécialistes développant de nouvelles pratiques encadrées par des règles éthiques, déontologiques et juridiques. Cependant, lorsque le désir d'enfant ne peut être satisfait qu'avec l'aide de la médecine en raison de l'infertilité du couple, le choix a été fait d'ouvrir les techniques médicales à des couples remplissant de strictes conditions pour ne pas donner libre cours à des demandes qui ne soient pas justifiées médicalement ou à des revendications individuelles.

### **A. L'accès limité à l'assistance médicale à la procréation**

Seules les demandes qui respectent les textes applicables en France peuvent être accueillies, sachant que des contraintes supplémentaires concernent les couples qui sont dans l'incapacité de procréer en utilisant leurs seuls gamètes et doivent solliciter l'aide de tiers donneurs, la procréation assistée endogène, c'est-à-dire à l'intérieur du couple, étant opposée à la procréation assistée exogène laquelle suppose l'intervention de personnes extérieures au couple.

#### **1. Les conditions générales du recours aux techniques d'assistance médicale à la procréation**

Le cadre général de l'assistance médicale à la procréation n'a guère été retouché depuis 1994, reprenant des idées force de la réglementation mise en place par les CECOS lors du développement des techniques d'insémination artificielle. Une série de règles s'attache aux médecins en charge de ces techniques nouvelles, une autre, beaucoup plus contraignante, vise les candidats à l'AMP eux-mêmes.

---

<sup>451</sup> B. Pulman, *Mille et une façons de faire les enfants. La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010.

### a. L'assistance médicale à la procréation vue sous l'angle du corps médical

Pour pratiquer la fécondation *in vivo*, à savoir inséminer artificiellement une femme avec le sperme de son mari ou compagnon (IAC ou insémination artificielle conjugale) ou encore la fécondation *in vitro* (FIV) reposant sur la conception d'un embryon en laboratoire avec les gamètes du couple, mais aussi une insémination artificielle avec donneur (IAD) ou une FIV pratiquée avec l'ovule d'une donneuse ou le sperme d'un donneur<sup>452</sup>, de strictes conditions sont imposées au corps médical.

Selon l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, une grande variété de pratiques est reconnue, sachant que « *l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste* ». Seules les techniques respectant les principes fondamentaux de la bioéthique, l'efficacité et la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître peuvent être pratiquées en France. Ainsi, seul le sperme congelé conservé par un centre agréé et ayant subi les contrôles sanitaires prescrits peut-il être utilisé. De plus, le fait de recourir à des AMP avant d'avoir confirmé le diagnostic de la stérilité est répréhensible. En effet, la méconnaissance de cette exigence est, conformément à l'article 223-1 du Code pénal, une « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* » qui expose autrui à « *un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente* »<sup>453</sup>.

Mûres réflexions accompagnent toute évolution en ce domaine, ainsi la technique de congélation ultra-rapide des ovocytes n'a-t-elle été autorisée en France que par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 (CSP, art. L. 2141-1, al. 4). Quant à la conception *in vitro* d'embryons humains en dehors du cadre légal, elle conduit à frapper les contrevenants de lourdes sanctions pénales (C. pén., art. 511-16 et 511-24, CSP, art. L. 2162-2). Certains procédés sont également strictement interdits, comme par exemple utiliser du sperme frais ou mélanger des spermatozoïdes (CSP, art. L. 1244-3, C. pén., art. 511-12), pratiquer du clonage reproductif (C. civ., art. 16-4 et C. pén., art. 214-2 car il s'agit d'un crime contre l'espèce humaine) ou encore recourir à la maternité de substitution<sup>454</sup>.

Les médecins sont encouragés à privilégier les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons congelés et, en cas de stimulation ovarienne, ils doivent se soumettre à des règles de bonne pratique.

---

<sup>452</sup> De manière exceptionnelle, la PMA exogène peut être réalisée en recourant à deux donneurs et il est alors question plus exactement d'accueillir un embryon conçu nécessairement par deux personnes extérieures au couple (CSP, art. L. 2141-6, al. 1). Seuls certains couples peuvent y recourir, le principe selon lequel l'embryon ne peut pas être conçu avec des gamètes provenant « *d'un au moins, des deux membres du couple* », (CSP, art. L. 2141-3, al1) étant alors écarté. CSP, art. L. 2141-3, al. 1 : « *Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.* ».

<sup>453</sup> Cass. crim., 29 juin 2010, n° 06-81.661, *Bull. crim.* n° 120.

<sup>454</sup> V. *Infra* pages 124 et s.

En outre, le Code de la santé publique détermine les établissements habilités à pratiquer l'AMP, listant les conditions d'autorisation et de fonctionnement des établissements de santé, des laboratoires de biologie médicales et autres organismes parties prenantes (CSP, art. L. 2142-1 à L. 2142-4). Pour que la sécurité médicale soit assurée, il réglemente l'activité des centres agréés, tout en organisant la surveillance des personnes chargées de ces protocoles et de multiples contrôles.

## **b. L'assistance médicale à la procréation vue sous l'angle des personnes animées d'un désir d'enfant**

### **La démonstration du caractère thérapeutique de l'assistance médicale à la procréation.**

Conformément à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ». Il s'agit d'écarter toute demande de convenance personnelle, aussi un diagnostic médical préalable doit-il attester de la situation du couple infertile ou porteur d'une maladie transmissible, sachant que la loi de 2011 a ajouté l'hypothèse d'un risque de contamination, certaines affections sexuellement transmissibles pouvant être transmises à l'enfant lors de sa conception.

Un assouplissement a toutefois été accordé en 2008, de sorte que toute personne dont la fertilité risque d'être altérée prématurément puisse faire procéder au recueil et à la conservation de ses gamètes et tissus germinaux<sup>455</sup>. Elle pourrait ainsi obtenir la restauration ultérieure de sa fertilité ou utiliser ses gamètes lors d'une assistance médicale à la procréation.

**La vérification d'un projet parental.** De grands principes régissent la matière car le législateur impose que la demande d'AMP émane d'un couple formé nécessairement d'un homme et d'une femme (CSP, art. L. 2141-2, al. 3), refusant d'accorder des droits aux couples de personnes de même sexe<sup>456</sup>. Les récentes évolutions concernant les couples de personnes de même sexe opérées grâce à la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, complétée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 et la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 leur accordant le droit de se marier n'ont aucune incidence sur l'accès à la procréation médicalement assistée<sup>457</sup>. Encore faut-il relever que la situation d'un enfant issu d'une technique reproductive pratiquée à l'étranger est quelque peu débloquée grâce à cette loi qui permettra à l'une des épouses de programmer l'adoption de l'enfant de l'autre, quand bien même il serait issu d'une IAD réalisée hors de nos frontières<sup>458</sup>.

Dans la mesure où l'exigence du législateur quant à la dualité homme/femme semble incontournable, le fait que l'un des membres du couple soit un transsexuel complexifie la situation. Certes la stérilité du couple est pathologique, ce qui pourrait justifier le recours à une

<sup>455</sup> CSP, art. L. 2141-11 issu de l'ord. n° 2008-480 du 22 mai 2008. Pour des mineurs, le consentement des parents est requis : art. R. 2141-17 du C. pén. modifié par le décret n° 2016-273 du 4 mars 2016.

<sup>456</sup> A. Mirkovic, Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et de la filiation, *Dr. fam.* 2010, étude 21.

<sup>457</sup> Quand bien même la loi leur accorde le droit d'adopter un enfant ensemble ou d'adopter l'enfant du conjoint. Pour une analyse critique, L. Brunet, L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification » de la réalité ? in I. Théry (sous la dir. de), *Mariage de même sexe et filiation*, éd. EHESS, 2013, p. 90. Voir aussi P. Salvage-Gerest, Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale, *Dr. famille*, Dossier spécial, étude n° 33.

<sup>458</sup> V. *Infra* sur la question du statut de l'enfant, Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section I, pages 207 et s.

technique d'AMP, cependant la modification de la mention du sexe à l'état civil procède d'une demande spéciale formée par l'intéressé que l'on pourra qualifier de demande de convenance personnelle. Cette question mérite des développements spécifiques<sup>459</sup>.

La forme de la configuration familiale importe peu en revanche tant que dure le couple qui ne doit simplement pas avoir divorcé, ou s'être séparé<sup>460</sup>. En effet, l'homme et la femme formant le couple peuvent être mariés, vivre en concubinage ou s'être engagés dans un pacte civil de solidarité, la date de leur union n'ayant guère d'incidence car la loi du 7 juillet 2011 n'impose plus de durée minimale de vie commune pour les couples non mariés. On notera néanmoins que le diagnostic médical de la stérilité, préalable à toute demande, exige quant à lui l'écoulement d'un certain temps de cohabitation ou au moins de relations sexuelles<sup>461</sup> qui permettra de vérifier la stabilité et la solidité du couple. Les équipes médicales doivent cependant se montrer vigilantes : d'un côté, certains couples sont constitués pour l'occasion, une femme célibataire ou en couple avec une autre femme déposant une demande avec un ami complaisant<sup>462</sup> ; de l'autre, il arrive que des personnes non encore divorcées mais en cours de procédure introduisent une requête avec leur compagnon<sup>463</sup>. Enfin, des personnes en situation de polygamie ne pourraient pas prétendre recourir à l'AMP car leur situation ne correspond pas à ce que l'on entend habituellement par « couple ».

En outre, le couple doit, tout d'abord, être en âge de procréer, la disposition légale contenue dans l'article L. 2141-2, al. 2, du Code de la santé publique permettant d'écarter les requêtes de femmes ménopausées. Ce texte, qui tend à éviter que l'enfant ait une mère trop âgée, est plus délicat à mettre en œuvre pour les hommes dont la capacité reproductive est beaucoup plus étendue. On notera qu'il n'est toutefois pas interdit de soigner des femmes atteintes de ménopause précoce, le corps médical ayant de toute manière en charge l'appréciation de la condition d'âge, faute de précision dans la loi. Quoiqu'il en soit, le refus de prise en charge de l'assistance médicale à la procréation par la Sécurité sociale pour les femmes ayant dépassé l'âge de 42 ans place les demanderesse devant un autre accueil<sup>464</sup>.

Ensuite, les deux membres du couple doivent être vivants au moment de la réalisation de l'assistance médicale à la procréation. La permanence du couple parental empêche non seulement de recevoir la requête initiale d'un veuf ou d'un concubin survivant mais aussi d'autoriser ce dernier à se prévaloir de gamètes ou d'embryons congelés lors d'une précédente intervention. L'interdiction des procréations *post mortem* posée en jurisprudence de longue date<sup>465</sup> n'a pas été remise en cause par les réformes successives en matière de bioéthique, même si la question de l'insémination *post mortem* ouvre d'autres débats que la réimplantation d'embryons *post mortem*.

---

<sup>459</sup> V. *Infra* sur le transsexualisme et l'état civil, Partie I, Chapitre II, Section III, pages 137 et s.

<sup>460</sup> CEDH, gr. ch., 10 avr. 2007, *Evans c/Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, *JCP G* 2007. I.137, obs. C. Byk, *RTD civ.* 2007.297, obs. J.-P. Marguénaud, *RDSS* 2007.810, note D. Roman.

<sup>461</sup> La loi n'impose pas à proprement parler de communauté de vie, en ce sens : A. Dionisi-Peyrusse, La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011, *RJPF* 2011-9/11.

<sup>462</sup> En ce sens, B de Boysson, L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? *Dr. fam.* 2013, Dossier spécial, étude n° 25.

<sup>463</sup> Situation rapportée par F. Dreifuss-Netter, in B. Feuillet-Le Mintier (sous la dir. de), *Les lois bioéthiques à l'épreuve des faits : réalités et perspectives*, PUF, 1999, p. 221.

<sup>464</sup> V. *Infra*. Partie II, Chapitre I, Section I, § 2, pages 202 et s.

<sup>465</sup> Et suggérée par la doctrine, J. Rubellin-Devichi, Procréations assistées, état des questions, *RTD civ.* 1990.452.

En matière d'insémination, la question a été quelque peu relancée par deux décisions récentes<sup>466</sup> mais jusqu'alors, sur la base de l'article L. 2142-2 du Code de la santé publique, on prohibait toute insémination *post mortem*, quelle que soit la date de dépôt du sperme<sup>467</sup>, bien que de nombreuses voix se soient élevées pour élargir l'accès à l'assistance médicale à la procréation<sup>468</sup>. Pour autant, dans l'affaire *Blood*<sup>469</sup>, une femme avait obtenu l'autorisation de faire prélever sur son mari en état de coma profond des gamètes par la technique d'électro-éjaculation. Elle demanda ensuite, quelques heures après le décès de celui-ci, à récupérer ses paillettes congelées afin de les exporter en Belgique pour bénéficier d'une insémination artificielle (qu'une clinique complaisante avait accepté de réaliser). Après le refus opposé par la HFEA (*Human Fertilization & Embryology Authority*), les juridictions britanniques donnèrent leur accord sur le fondement de la règle de droit communautaire de la libre prestation de services, laquelle pouvait justifier le droit de la demanderesse d'être médicalement traitée dans un autre État membre. Une telle affaire n'aurait pas eu les mêmes suites en France.

La boîte de Pandore a peut-être été ouverte en la matière depuis l'affaire jugée le 31 mai 2016 par le Conseil d'Etat<sup>470</sup>. En effet, les juges viennent de permettre à une ressortissante espagnole d'obtenir le transfert des gamètes de son conjoint décédé d'un cancer vers l'Espagne où l'insémination artificielle *post mortem* est licite. Le refus d'exportation des paillettes de sperme serait constitutif pour l'épouse en attente d'une maternité *post mortem* d'une « atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale ». Allant encore plus loin, le tribunal administratif de Rennes vient d'enjoindre au centre hospitalier universitaire de Rennes d'exporter le sperme d'un mari décédé pour permettre à son épouse, de nationalité française, de poursuivre ses démarches hors de France<sup>471</sup>.

Les juges se justifient en arguant de la nationalité des époux mais cela remet en question à notre sens toutes les pratiques postérieures au décès. Ainsi, pourquoi pas, comme dans l'affaire *Blood* susmentionnée, permettre à une épouse de faire prélever le sperme du défunt pour le conserver en vue d'un usage futur ? Pourquoi ne pas autoriser immédiatement une insémination artificielle avec du sperme frais ? Il s'agit, parmi d'autres, de dérives préoccupantes des progrès technologiques, sachant que la mort de la parturiente pourrait parfois aussi être contournée, pour preuve, la naissance au Portugal en 2016 d'un enfant dont la mère était en état de mort cérébrale depuis quatre mois.

Cette interdiction de principe de toute assistance médicale *post mortem* soulève davantage de contestation quand elle concerne, non plus des paillettes de sperme, mais des embryons conçus et congelés du vivant des deux membres du couple, embryons que l'on envisage de réimplanter après le décès de l'un d'entre eux. Cependant les lois bioéthiques de 2004 et 2011 ne sont pas

---

<sup>466</sup> CE 31 mai 2016, n° 396848, *Gaz. Pal.* 2016, n° 27, p. 16, note P. Le Maigat, *Dr. fam.* 2016, comm. 178, obs. R. Vessaud, *ibid.* J.-R. Binet, étude 15, *JCP G*, 2016. 864, note J.-P. Vauthier et F. Violla, *RJPF* 2016-7\*8/26, obs. A. Cheynet de Beaupré. *Adde* TA Rennes, 12 oct. 2016, n° 1604451, *JurisData* n° 2016-021107 ; *contra* TA Toulouse, 13 oct 2016, *La Dépêche du Midi* du 14 oct. 2016.

<sup>467</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 janv. 1996, n° 94-15.998, *Bull. civ.* I, n° 21, *JCP G* 1996, II, 22666, note C. Neirinck, *D.* 1996. 376, note F. Dreifuss-Netter, *RTD civ.* 1996. 359, obs. J. Hauser. V. aussi CA Rennes 22 juin 2010 n° RG : 09/072899 ; *D.* 2011. 1585, note F. Granet-Lambrechts.

<sup>468</sup> C. Chabault-Marx, La frilosité du juge français face à l'insémination artificielle *post mortem*, *D.* 2009, p. 2758.

<sup>469</sup> J.-S. Bergé, « Le droit communautaire dévoyé, Le cas Blood », *JCP G* 2000, I, 206.

<sup>470</sup> CE, 31 mai 2016, préc.

<sup>471</sup> A la suite du décès de son mari, la jeune femme a aussi perdu son enfant *in utero*, à quelques jours du terme (TA Rennes, 12 oct. 2016, préc.). A l'inverse la souffrance d'une jeune femme à Toulouse n'a pas été entendue. Il faut dire que son époux était décédé depuis deux ans au moment de sa requête en raison de la longueur de la procédure (TA Toulouse 13 oct., préc.).

revenues sur la question<sup>472</sup> et les débats restent ouverts entre la reconnaissance d'un droit à l'éternité et la volonté de ne pas faire naître des orphelins<sup>473</sup>, alors même que l'embryon est conçu.

Il faut enfin et surtout s'assurer du consentement des deux membres du couple, vérifier leurs motivations et leur désir commun d'enfant, leur volonté commune devant persister jusqu'au moment de l'éventuelle réimplantation d'embryons (CSP, art. 2141-2, al. 2). Les actes médicaux ne seraient plus possibles en revanche en cas de révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme, adressée directement au médecin chargé de mettre en œuvre le protocole avant que ne soient réalisées l'insémination artificielle ou la réimplantation des embryons.

Ledit consentement doit également être éclairé, la loi exigeant que des entretiens soient menés entre les demandeurs et l'équipe médicale (CSP, art. L. 2141-10, al. 1<sup>er</sup>) et imposant un délai de réflexion d'un mois (CSP, art. L. 2141-10, al. 5).

Des garanties sont accordées ainsi aux deux membres du couple qui doivent porter ensemble le « projet parental »<sup>474</sup>. Elles sont encore renforcées lorsqu'il est fait appel à des donneurs de gamètes ou lorsque le couple bénéficie exceptionnellement d'un accueil d'embryon.

## **2. Les spécificités en cas de recours à des tiers donneurs à l'occasion du don de gamètes ou de l'accueil d'embryons**

L'AMP hétérologue ou exogène nécessite un apport provenant de personnes extérieures au couple, aussi l'enfant n'est-il pas rattaché génétiquement à l'un de ses parents voire aux deux, ce qui justifie un renforcement des exigences en ce domaine, cette pratique étant admise plus limitativement<sup>475</sup>.

Parmi celles-ci, le législateur impose que soient respectées des prescriptions sanitaires de dépistage (CSP, R. 2141-4) et de nombreuses règles de sécurité sanitaire (CSP, art. L. 2141-12).

Le recours à des donneurs n'a aucune incidence sur la filiation de l'enfant qui sera rattaché à ses parents d'intention indépendamment des liens de sang, le législateur ayant choisi, d'une part, de prohiber l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du donneur (C. civ., art. 311-19) et, d'autre part, de faciliter l'établissement de la filiation à l'égard du couple, sous réserve de certaines particularités s'il ne s'agit pas d'époux (C. civ., art. 311-20). Toutefois le consentement préalable du couple receveur doit faire l'objet de toutes les attentions pour que l'on soit certain que les deux époux ou concubins acceptent l'idée de faire intervenir un tiers dans le processus procréatif.

---

<sup>472</sup> C. Bernard-Xemard, Donner la vie après la mort ?, *RLDC* 2010/73, n° 3885 ; I. Corpart, Les enfants du mort au regard du droit de la filiation, in B. Py (sous la dir. de), *La mort et le droit*, Presses universitaires de Nancy 2010, p. 73 ; G. Marraud des Grottes, Ethique et paternité posthume, *RLDC* 2010/76, n° 4026 ; A. Mirkovic, Le transfert d'embryon *post mortem*, comment sortir de l'impasse ?, *Dr. fam.* 2009, étude 23, Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation *post mortem* en question, *RLDC* 2010/76, n° 4024 ; G. Raoul-Cormeil, Le sort des embryons *in vitro post mortem patris*, *JCP G* 2011, n° 21, 608, p. 1022.

<sup>473</sup> J. Hauser, Procréation *post mortem* : un nouveau droit à... le droit à l'éternité ? *RTD civ.* 2010, p. 93 ; P. Morin, L'interdiction opportune de l'implantation *post mortem* d'embryons, *Deffrénois* 15 mars 2004, n° 5, p. 355.

<sup>474</sup> V. Glossaire.

<sup>475</sup> A. Mirkovic (sous la dir. de), *Le don de gamètes*, Bruylant, 2014.



Le recours aux tiers donneurs est strictement encadré et la démonstration doit être rapportée que, soit le couple présente un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité, soit que les techniques d'assistance médicale à la procréation intraconjugale soient inopérantes ou que le couple y renonce (CSP, art. L. 2141-7).

Si tel est le cas, de nombreuses précautions sont encore prévues car la loi renforce le formalisme relatif au recueil du consentement et exige le consentement de toutes les personnes concernées. Encore faut-il distinguer le cas du don de gamètes de celui de l'accueil d'embryons.

Pour recourir à un don de spermatozoïdes<sup>476</sup> ou d'ovocyte<sup>477</sup>, le consentement du couple demandeur doit être exprimé dans des conditions garantissant le secret devant un juge (C. pr. civ., art. 1157-2) ou un notaire (C. civ., art. 311-20). Les manifestations de volonté des époux ou concubins sont consignées dans un acte authentique dressé par le président du tribunal de grande instance ou par un notaire (C. pr. civ., art. 1157-3), la rédaction de cet acte permettant de s'assurer que le couple a connaissance des règles applicables à la filiation de l'enfant. A l'inverse, l'homme ou la femme peuvent changer d'avis et renoncer au projet. En effet, le consentement est privé d'effet si l'un des signataires le révoque avant l'assistance médicale programmée (C. civ., art. 311-20, al. 3, CSP, art. L. 2141-2, al. 2).

Le cas de l'accueil d'embryons est plus complexe car il s'agit d'une pratique réservée à des cas particuliers par le législateur (CSP, art. L. 2141-4, II, 1°), même si le caractère « exceptionnel » du don d'embryon s'est trouvé supprimé lors de la réforme bioéthique de 2011<sup>478</sup>. En conséquence, seuls des embryons surnuméraires d'époux ou de concubins ne souhaitant plus mener de projet parental ou ne le pouvant plus car le consentement de l'un des membres du couple fait défaut, peuvent être proposés aux couples demandeurs. Une décision judiciaire est toutefois imposée (CSP, art. L. 2141-6, al. 2), le juge devant recevoir les consentements des deux membres du couple à l'origine de la conception et veiller, comme en matière d'adoption, aux conditions d'accueil que le couple accueillant l'embryon pourra offrir à l'enfant à naître (CSP, art. L. 2141-6, al. 2).

S'y ajoute le consentement du donneur et, s'il est en couple, son époux ou son concubin doit également consentir au don (ou y renoncer avant l'utilisation des gamètes). Néanmoins, depuis la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, les donneurs peuvent être des hommes ou femmes majeurs n'ayant pas encore procréé (CSP, art. L. 1244-2, al. 3, décret n° 2015-1281 du 13 oct. 2015, relatif au don de gamètes)<sup>479</sup>. Ils se voient alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de leurs gamètes ou de leurs tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à leur bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation.

Qu'il s'agisse enfin d'une AMP endogène ou exogène, des principes sous-tendent la matière, introduisant dans les codes des règles visant à préserver la dignité humaine et le principe du

---

<sup>476</sup> Sachant qu'il est interdit d'envisager une insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don ou en mélangeant du sperme (CSP, art. L. 1244-3).

<sup>477</sup> Pratique qui devrait se développer grâce à la congélation ultra-rapide des ovocytes encore appelée vitrification, autorisée par la loi du 7 juillet 2011 (CSP, art. L. 2141-1, al. 4).

<sup>478</sup> En ce sens, A. Dionisi-Peyrusse, La protection de la vie humaine dans la loi bioéthique du 7 juillet 2011, *RJPF* 2011-9/11.

<sup>479</sup> Ce texte a pour objectif d'élargir le nombre des donneurs potentiels face à l'insuffisance des dons. Pour une critique du dispositif qui risque d'influencer des jeunes donneurs et en particulier donneuses, isolés et sans revenus : V. Depadt-Sebag, La suppression de la condition de procréation antérieure dans le don de gamètes, *RJPF* 2014-2/7. On peut aussi craindre que les femmes ne profitent de ce dispositif pour retarder la programmation de leur maternité : I. Corpart, Assouplissements notables en matière de don de gamètes par l'élargissement du cercle des donneurs, Commentaire du décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes, *RJPF* 2016-2/26.

respect du corps humain face à certaines pratiques médicales sans borne<sup>480</sup> et à empêcher que des conventions ne confèrent une valeur patrimoniale au corps humain et à ses éléments. Le principe de gratuité posé dans l'article 16 du Code civil introduit dans les articles L. 2162-1 du Code de la santé publique et 511-15 du Code pénal permet de lutter contre des pratiques conduisant à rémunérer des embryons, un dispositif analogue visant les paiements relatifs aux gamètes (CSP, art. L. 1273-2 et C. pén., art. 511-9), seul un remboursement des frais étant envisageable.

Il convient en outre de respecter le principe d'anonymat imposé par les articles 16-8 du Code civil<sup>481</sup> et L. 1211-5 du Code de la santé publique, sa violation étant sanctionnée par l'article 511-25 du Code pénal et par l'article L. 2162-6 du Code de la santé publique. S'agissant plus spécifiquement de l'accueil d'embryons, il est interdit de divulguer toute information qui permettrait de connaître l'identité du couple ayant abandonné l'embryon, de même que celui qui l'a recueilli (CSP, art. L. 2141-6)<sup>482</sup>.

Tout désir de descendance n'a pas à être satisfait en l'état actuel du droit ; néanmoins, face aux souffrances exprimées par les personnes stériles ou infécondes, une partie du corps médical préconise un assouplissement des conditions de recours aux techniques de procréation assistée<sup>483</sup>. Faut-il pour autant reconnaître un « droit à l'enfant » en levant des interdictions légaux et revenir sur les prévisions limitatives du législateur<sup>484</sup> ?

## **B. Le rejet des sollicitations de pure convenance personnelle**

Pour éviter des dérives en matière de reproduction humaine, le législateur a enfermé l'accès à l'assistance médicale à la procréation dans des limites que contestent tant des couples que des individus isolément, revendiquant en vain une aide de la science médicale. Pour des raisons qui leur sont personnelles, ils ne peuvent ou ne veulent pas procréer de manière naturelle et ils aimeraient que soient levés les obstacles qui les empêchent d'utiliser certaines techniques médicales lors de leur parcours procréatif.

### **1. Le rejet de certaines demandes intraconjugales**

En raison des nombreux garde-fous posés par les textes, il ne suffit pas de vivre en couple pour pouvoir accéder aux avancées de la science.

Parmi les obstacles les plus couramment rencontrés par les couples, l'avancée en âge est un élément marquant. On le sait, la longueur des études et les difficultés à s'insérer dans la vie professionnelle font que les jeunes gens retardent tant la date du mariage que le moment de devenir parents. C'est autour de leurs trente ans que les jeunes femmes envisagent aujourd'hui d'avoir des enfants, beaucoup d'entre elles retardant encore le moment d'être mères, si bien

---

<sup>480</sup> M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, à propos de la maternité de substitution, *RTD civ.* 1992, p. 513. Voir aussi M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps*, thèse 2014, Paris Nanterre ; A. Mazouz, *Le prix du corps humain*, Thèse 2014, Paris I.

<sup>481</sup> Récemment confirmé : CE 12 novembre 2015, n° 372121.

<sup>482</sup> B. Feuillet-Liger (sous la dir. de), *Procréation médicalement assistée et anonymat*, Bruylant, 2009

<sup>483</sup> D'autres expriment des regrets devant les dérives : J. Testart, *Faire des enfants demain*, Seuil 2014.

<sup>484</sup> C. Neirinck, *L'assistance médicale à la procréation, quelles perspectives d'avenir ?* in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit 2014, n° 57, *op. cit.* p. 301

qu'elles se trouvent confrontées à la baisse de leur fécondité lorsque leur projet prend forme. Après quelques tentatives étalées sur plusieurs années, elles risquent alors de se voir opposer un refus des équipes médicales pour ne plus, comme le prévoit l'article L. 2141-2, alinéa 2 du Code de la santé publique, se trouver « en âge de procréer ». En effet, les couples ayant dépassé le seuil d'âge fixé implicitement pour les femmes et les hommes<sup>485</sup> (mais beaucoup plus tardivement pour ces derniers) n'ont plus le droit de recourir à l'assistance médicale à la procréation.

Les couples ne peuvent pas non plus utiliser l'aide de la science pour décaler leur projet d'enfantement en utilisant la technique de la congélation. Il est effectivement strictement interdit de programmer une fécondation *in vitro* en vue de disposer d'embryons que l'on ne réimplanterait pas immédiatement mais que l'on congèlerait en vue d'une procréation future. Seuls les embryons surnuméraires peuvent bénéficier d'une telle cryoconservation. D'une part, ces couples ne remplissent pas les conditions de l'accès à l'AMP n'étant ni stériles ni porteurs d'une maladie grave conformément à l'article L. 2141-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la santé publique, d'autre part, un embryon ne pouvant être conçu *in vitro* que dans le cadre de ce texte (CSP, art. L. 2141-3), ils ne peuvent pas prétendre congeler des embryons au nom d'un pseudo droit à l'enfant.

En revanche, ils ont été entendus dans une certaine mesure depuis que le décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 pris en application de la réforme bioéthique de 2011 permet d'organiser la congélation des spermatozoïdes et des ovocytes en vue d'un projet futur<sup>486</sup>. En effet, un donneur de gamètes qui n'a pas encore procréé se voit désormais proposer, lors du don, de conserver une partie de ses gamètes en vue d'une éventuelle assistance médicale à la procréation ultérieure à son bénéfice.

Les couples ne peuvent pas non plus prétendre à bénéficier d'un diagnostic préimplantatoire dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation en dehors des hypothèses où il est validé (CSP, art. L. 2131-4). Ainsi, il est totalement impossible de faire opérer un tri des embryons aux fins de choisir le sexe de l'enfant<sup>487</sup> ou la couleur de ses yeux et de ses cheveux, voire d'éviter la transmission de certaines maladies ou tares non spécialement visées car jugées trop bénignes<sup>488</sup>. En effet, pour éviter tout débordement, le diagnostic préimplantatoire a été entendu comme un moyen thérapeutique et non comme une pratique eugénique qui serait condamnée (C. civ., art. 16-4, al. 2). La tolérance ne vise que l'élimination des embryons porteurs de gènes délétères<sup>489</sup>.

D'une manière générale, il est impossible de recourir à un don de gamètes en dehors du cadre médical (CSP, art. L. 2141-7) et, en vertu du principe de l'anonymat, il est également interdit

---

<sup>485</sup> Un homme âgé n'ayant plus la force d'avoir des relations sexuelles ne pourrait pas revendiquer une insémination artificielle pour devenir père.

<sup>486</sup> J.-R. Binet, Décret n° 2015-1281 du 13 oct. 2015 ou comment inciter au don d'ovocytes sans le dire, *Dr. fam.* 2016, comm. 17 ; I. Corpart, Assouplissements notables en matière de don de gamètes par l'élargissement du cercle des donneurs, préc. ; M. Desolneux, Extension du don de gamètes aux personnes sans enfant, *RLDC* 2015, n° 134, p. 39.

<sup>487</sup> D'ailleurs l'article 14 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relève que « l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe ».

<sup>488</sup> Un bec de lièvre, un doigt supplémentaire, une prédisposition à une allergie, etc. : I. Corpart, La santé de l'enfant à naître : vers l'enfant parfait ? *Médecine & droit* nov.-déc. 1995, n°15, p. 3.

<sup>489</sup> I. Florentin, Le diagnostic préimplantatoire et le contrôle de la qualité des enfants à naître, in C. Labrusse-Riou (sous la dir. de), *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996, p. 109.

aux couples de choisir le donneur ou la donneuse de gamètes ou le couple à l'origine de l'embryon qu'il leur est donné d'accueillir.

Dans un tout autre ordre d'idées, les couples ne peuvent pas, au nom d'un prétendu « droit à l'enfant », accéder aux techniques d'assistance médicale à la procréation pour des raisons très personnelles telles que l'incarcération de l'un des membres du couple<sup>490</sup>. Pour l'Académie de médecine<sup>491</sup>, si le recours à l'AMP doit être encouragé en cas d'infertilité médicalement prouvée, il est exclu qu'une telle demande soit acceptée du seul fait que la détention fait obstacle à la procréation naturelle. Elle préconise plutôt le développement des unités de vie familiale et des parloirs familiaux dans les prisons.

Enfin, nous l'avons vu, la procréation artificielle ne pouvant pas reposer sur des motivations de convenance personnelle et étant présentée comme un remède à l'infertilité, elle imite (et renvoie à<sup>492</sup>) la procréation naturelle en exigeant que les personnes vivant en couple soient un homme et une femme (CSP, art. L. 2141-2, al. 2).

Ainsi, les couples de personnes de même sexe se trouvent automatiquement exclus du protocole, leurs revendications d'un « droit à l'enfant » pouvant néanmoins désormais être satisfaites grâce aux retombées de la loi du 17 mai 2013 en matière d'adoption<sup>493</sup>.

## 2. Le rejet des demandes extraconjugales

Par principe, les personnes ne vivant pas en couple se voient opposer un refus catégorique, qu'elles soient célibataires ou aient précédemment formé avec leur ancien époux ou concubin un projet qui s'est trouvé abandonné en raison d'une rupture volontaire ou non. En effet, en cas de décès du conjoint ou du concubin, le survivant ne peut pas se prévaloir d'un « droit à l'enfant » pour obtenir, au regard des textes applicables la remise des gamètes ou des embryons congelés, sous réserve des avancées récentes opérées par le Conseil d'Etat<sup>494</sup>. Le seul droit du survivant est de préférer remettre l'embryon à un couple stérile plutôt que d'en ordonner la destruction. Si l'un des membres du couple vient à décéder, l'autre ne peut toutefois pas être sollicité avant l'écoulement d'un an quant à cette forme de don, cependant rien ne l'empêche de prendre lui-même immédiatement cette initiative (CSP, art. L. 2141-4). Son consentement doit être exprimé par écrit et faire l'objet d'une confirmation après un délai de réflexion de trois mois.

Des embryons congelés seraient pareillement abandonnés si les membres du couple décidaient de se séparer<sup>495</sup>, sauf à convenir entre eux de ne pas informer les autorités médicales qu'ils ne vivent plus ensemble. Néanmoins, le refus de l'un des deux de poursuivre le projet parental

---

<sup>490</sup> Voir toutefois un arrêt rendu par la CEDH pour laquelle la notion de vie privée et familiale englobe un droit des parents potentiels à voir respecter leur décision de devenir parents génétiques : « le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale », CEDH Gr. ch., 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, Req. n° 44362/04, § 66, *RJPF* 2008-5/13, obs. E. Putman. *Addé N. Bettio*, Le droit à l'enfant, nouveau droit de l'homme ? *RDP* 2010, p. 473.

<sup>491</sup> *Bull. de l'Académie nationale de médecine*, 2012, 196, n° 7, 1397-1421, séance du 23 octobre 2012.

<sup>492</sup> C. civ., art. 311-19 et 311-20.

<sup>493</sup> Selon les avis de la Cour de cassation du 22 sept. 2014, préc.

<sup>494</sup> V. *Supra* Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section I, pages 206 et s.

<sup>495</sup> C. Boos, *Les liens familiaux à l'épreuve de l'abandon d'enfant*, thèse Université de Haute Alsace, 2016.

empêche l'autre de revendiquer les gamètes ou embryons. En cas de désaccord du couple sur le devenir des embryons, il est mis fin à leur conservation (CSP, art. L. 2141-4)<sup>496</sup>.

Aucune demande individuelle n'est recevable car l'AMP est une pratique thérapeutique destinée à un couple infertile ou risquant de transmettre une grave maladie à l'enfant et elle ne saurait bénéficier à des personnes célibataires.

La législation française est plus restrictive<sup>497</sup> que des pays voisins tels la Belgique, la Grèce, Israël, le Royaume-Uni, l'Espagne, le Portugal<sup>498</sup>, ou plus éloignés comme l'Afrique du Sud, que des personnes n'hésitent pas à contacter, notamment parce qu'ils autorisent l'insémination artificielle pour toutes les femmes en couple ou célibataires. C'est aussi en raison de la pénurie des donneurs que l'AMP est délocalisée. Selon l'Agence de biomédecine, 3 000 couples sont actuellement dans l'attente de bénéficier d'une insémination artificielle ou d'une fécondation *in vitro*<sup>499</sup>. Pour répondre aux besoins des couples touchés par l'infertilité, il faudrait 300 nouveaux donneurs et 900 donneuses supplémentaires.

## § 2. La transgression des règles relatives à l'assistance médicale à la procréation

L'encadrement législatif de l'assistance médicale à la procréation tend à éviter débordements et dérives. Cependant, de nombreuses personnes désireuses de fonder une famille s'affranchissent de ces contraintes et font en quelque sorte leur marché en se rendant à l'étranger ou en contactant des officines étrangères par internet.

Leurs démarches sont alors effectuées totalement en marge des règles et valeurs véhiculées par les lois dites bioéthiques, les grands principes de gratuité et d'anonymat étant totalement bafoués. En effet, alors que toute rémunération est interdite en France, ces personnes n'hésitent pas à payer de fortes sommes d'argent pour se procurer gamètes et embryons ou contacter des équipes médicales étrangères. Cet engouement conduit à la marchandisation du « matériel humain », voire des êtres humains, car le slogan souvent brandi « un enfant à tout prix » devient en réalité « un enfant à tous les prix ». Selon les cas, ces personnes sont mises directement en rapport avec les tiers donneurs, alors que l'anonymat est strictement imposé en France (CSP, art. L. 1211-5).

En raison de la disparité en la matière des encadrements législatifs et médicaux, ces pratiques se multiplient en toute impunité et en l'absence de tout contrôle, y compris sanitaire. Certaines se développent parfois clandestinement en France, grâce à des intermédiaires conciliants qui acceptent d'accompagner les demandeurs dans leurs projets et les aident à utiliser le « matériel humain » qu'ils se sont procurés sur internet. Il y aurait ainsi, à côté des centres agréés, des officines qui se développent en parallèle, plus ou moins artisanalement.

Devant les failles du système français, d'autres personnes en mal d'enfant n'hésitent pas non plus à franchir les frontières pour se rendre dans un pays plus permissif que la France<sup>500</sup>. Elles

<sup>496</sup> Il est aussi mis fin à la conservation des gamètes ou tissus germinaux conservés en vue d'une AMP dès le décès de la personne : Décret n° 2016-273 du 4 mars 2016.

<sup>497</sup> Ont également une législation particulièrement restrictive en matière d'accès et d'offres médicales liés à l'AMP, l'Italie, la Suisse, l'Allemagne et l'Autriche. V. *supra*. Droit comparé, Partie I, Chapitre III, pages 146 et s.

<sup>498</sup> Depuis une loi adoptée le 13 mai 2016.

<sup>499</sup> *Le Parisien* du 4 nov. 2016.

<sup>500</sup> F. Taboulet, Don d'ovocytes et tourisme procréatif : comment sortir de l'impasse ? *Médecine et Droit*, mars 2014, p. 40.

sont en quelque sorte encouragées à le faire par la Cour européenne des droits de l'homme elle-même qui, plutôt que condamner l'Autriche pour avoir refusé toute fécondation *in vitro* qui ne serait pas pratiquée avec les gamètes du couple, conseille aux ressortissants autrichiens de s'adresser à d'autres pays ayant ouvert l'accès aux gamètes de tiers<sup>501</sup>. Il y a effectivement une certaine incohérence, au regard des restrictions posées par les législations et réglementations dans l'espace européen, et les couples ou individus ne se privent pas de profiter de cette diversité de réponses à leurs attentes.

## A. Le recours à des pratiques artisanales

La libre circulation des marchandises s'appliquant aux produits du corps humain, certains se procurent des gamètes ou embryons en provenance de l'étranger pour les utiliser dans une sorte de marché parallèle. En plus de ces dérives mercantiles, d'autres pratiques permettent aussi de contourner les interdits légaux.

### 1. Les achats réalisés en ligne

Avec, d'une part, le développement d'internet et, d'autre part, l'explosion du tourisme international, des personnes sont incitées à satisfaire leur désir d'enfant par quelque moyen que ce soit.

Elles peuvent ainsi se procurer assez facilement des ovocytes car on trouve sur internet des sites permettant de rapprocher demandeurs et donneurs, moyennant rémunération. Dans de nombreux pays la vente de spermatozoïdes est une pratique courante<sup>502</sup>. Le don d'ovocyte n'est pas interdit en France mais la rareté des gamètes disponibles conduit de nombreuses femmes à préférer se tourner sans tarder vers les pays dans lesquels la vente d'ovocytes n'est pas prohibée ou qui, *a minima*, prévoient un dédommagement assez conséquent des donneuses<sup>503</sup>. C'est parfois aussi l'anonymat qui pose problème et des jeunes femmes partent à l'étranger avec leur parente ou amie donneuse. En effet, quand une donneuse se porte volontaire, il est reproché au système médical français de ne pas permettre une prise en charge immédiate<sup>504</sup>. Il arrive aussi que les intéressées ne remplissent plus les conditions d'accès en France à l'AMP, notamment en raison de leur âge ou soient célibataires (auquel cas le don d'ovocyte devra être combiné avec un don de spermatozoïdes).

Parfois, le prélèvement est consenti par des femmes qui se font rémunérer, ce qui pose le problème en termes d'exploitation de la misère sociale de ces femmes qui subissent souvent

---

<sup>501</sup> CEDH, Gde ch., 3 nov. 2011, *S. H. c/ Autriche*, req. n°57813/00, *AJDA* 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2011, 2870, et les obs., *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011, 608, obs. A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2012, 283, obs. J.-P. Marguénaud.

<sup>502</sup> Elle offre ainsi aux étudiants américains en faculté de médecine une source de revenus.

<sup>503</sup> Il ne faut pas occulter la lourdeur et la pénibilité des protocoles médicaux.

<sup>504</sup> Alors que l'art. L. 1244-7, al. 1<sup>er</sup> du CSP indique clairement que le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme, il semblerait que des équipes médicales y soient sensibles.

des stimulations ovariennes lesquelles peuvent entraîner des séquelles pour leur santé<sup>505</sup> ; d'autres fois – et c'est plus grave encore - le prélèvement est fait à leur insu<sup>506</sup>.

L'accès aux paillettes de sperme ne pose guère de difficultés non plus, du sperme frais étant d'ailleurs souvent utilisé, contrairement aux préconisations des lois dites bioéthiques. L'âge des donneurs peut aussi être fluctuant alors qu'en France la limite d'âge est posée à 45 ans<sup>507</sup>.

Enfin, en raison du développement des fécondations *in vitro* de par le monde, un grand nombre d'embryons surnuméraires sont disponibles, ce qui facilite un véritable trafic en la matière. Moyennant finance, il est aisé de pouvoir en disposer.

En rémunérant les services de certains intermédiaires douteux, il sera possible aussi de pratiquer des inséminations artisanales et quelquefois de favoriser en France une naissance grâce aux ventes d'ovocytes ou d'embryons<sup>508</sup>. En raison de la technicité médicale exigée, on peut toutefois penser que les personnes, en ce cas, se tourneront plutôt vers des centres étrangers.

Toutes ces dérives enfreignent non seulement le principe de gratuité mais aussi le principe d'anonymat. En effet, il est courant à l'étranger de choisir sur catalogue un reproducteur performant sur la base de critères subjectifs<sup>509</sup>. Non seulement les demandeurs connaissent l'identité des donneurs<sup>510</sup> mais encore une fiche signalétique détaillée leur est proposée pour chacun, ce qui participe à la quête d'un enfant, mais surtout d'un enfant « parfait ».

## **2. Les arrangements en vue de la procréation d'« enfant à tout prix »**

L'insémination artificielle est une technique qui demande relativement peu de compétences et peut bien souvent être réalisée de manière artisanale, avec ou sans rémunération du donneur. Les femmes qui y recourent peuvent s'adjoindre la complicité d'un gynécologue ou d'une sage-femme, mais elles peuvent le faire également uniquement avec l'aide de leur compagnon ou de leur compagne.

Si cela peut paraître sordide, cela l'est notoirement moins que l'organisation de rencontres à la sauvette dans un petit hôtel, la femme ayant donné rendez-vous à un homme, souvent parfait inconnu, mais qui a répondu à une petite annonce et qui accepte de lui rendre ce « service ». C'est pour éviter de telles relations sexuelles clandestines à visée procréative que certains militent pour l'ouverture de l'accès de l'AMP à toutes les femmes. Pour parvenir à leurs fins, elles n'auraient plus à risquer de se mettre en danger ou à tout le moins de se trouver dans ce

---

<sup>505</sup> Comme pour le recours aux mères porteuses, cela pose la question de l'asservissement des femmes, S. Agacinski, *Corps en miettes*, Flammarion, 2009.

<sup>506</sup> Trafics d'ovocytes en Roumanie (étudiantes en situation précaire), *AFP*, 21 févr. 2013 ; en Chine, ponction de lycéennes, Institut européen de bioéthique, 5 févr. 2015, [www.ieb-eib.org/fr/.../chine-marche-noir-et-traffic-dovules](http://www.ieb-eib.org/fr/.../chine-marche-noir-et-traffic-dovules), site consulté le 2 août 2015.

<sup>507</sup> *Le Parisien* du 4 nov. 2016.

<sup>508</sup> Voir l'argument, développé par l'association AIDES en 1997 et repris par Monsieur Borillo, lors d'une table ronde du 22 mars 2006, soulignant qu'il existe en France une forme de procréation assistée artisanale susceptible de poser des problèmes de santé publique : table ronde précitée sur l'évolution des modes de filiation du 22 mars 2006, consultable sur le site [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

<sup>509</sup> Par exemple sur le critère de l'intelligence pour la banque de sperme américaine « Bébé Nobel », de critères de beauté, de couleur de cheveux ou d'yeux, de taille, d'appartenance à telle ou telle race ou à tel type, etc.

<sup>510</sup> Ou des mères de substitution, V. *Infra* Section 2 du présent chapitre, pages 124 et s.

genre de situation glauque. Cependant, la réponse législative actuelle conduit à leur répondre que leur désir d'enfant n'est pas légitime.

Enfin, des couples se mettent parfois à plusieurs pour parvenir à leurs fins. Deux femmes vivant en couple peuvent effectivement se rapprocher d'un couple d'hommes. Ils peuvent alors programmer ensemble la naissance d'un enfant, l'homme de l'un des couples inséminant, artificiellement ou non, l'une des femmes du couple de femmes. Cette forme de coparentalité est assez répandue et pose parfois des difficultés car on est très loin de l'anonymat préconisé pour l'AMP. Chacun des géniteurs peut effectivement établir l'un sa maternité, l'autre sa paternité et revendiquer par suite des droits concurrents sur l'enfant.

## **B. Les prises de contact avec des centres médicaux étrangers**

Lorsque leur demande n'est pas entendue par des équipes médicales françaises et quand elles essuient des refus, les personnes désireuses d'être parents n'ont guère d'autre ressource que de se tourner vers l'étranger. En effet, il n'existe aucune voie de recours contre une décision médicale négative, même si celle-ci paraît injustifiée. Il n'est pas possible de contraindre un médecin à pratiquer une intervention qu'il estime vouée à l'échec ou nocive pour la santé des intéressés<sup>511</sup>.

Dans la mesure où aucun « droit à l'enfant » n'est reconnu à ce jour en France, tous ceux qui ne voient pas leur demande prospérer, sont incités à tenter leur chance en s'adressant à des centres étrangers. Les interventions sont alors réalisées conformément au droit applicable dans le pays dans lequel se rendent les futurs parents, en toute légitimité sur place, même si elles heurtent les règles de droit françaises.

Cette forme de « tourisme procréatif »<sup>512</sup> ne cesse de se développer, des personnes franchissant les frontières pour obtenir plus facilement gamètes ou embryons (parfois il s'agit de couples qui auraient pu accéder légitimement en France à une AMP mais sont découragés par les délais), contourner le strict encadrement de l'AMP ou recourir aux services de mères porteuses<sup>513</sup>. Si le choix de la gestation pour autrui concerne tant des femmes peinant à devenir mères que des hommes homosexuels, les autres démarches impliquent essentiellement le corps des femmes, celles-ci agissant parfois seules, ou encore avec leur époux ou compagnon, mais aussi leur épouse ou compagne.

Un grand nombre de ces démarches passent totalement inaperçues ensuite car les femmes enceintes reviennent dans l'hexagone poursuivre leur grossesse avec leur médecin habituel. Elles ne révèlent pas nécessairement les démarches qui ont favorisé la conception ; le recours à des techniques procréatives étrangères peut alors demeurer clandestin. Cette forme de tourisme de l'ombre<sup>514</sup> ouvre pourtant de nombreux questionnements.

---

<sup>511</sup> F. Dekeuwer-Défossez, Les règles particulières en matière de procréation médicalement assistée, in *Lamy Droit des personnes et de la famille*, avr. 2014, n° 420-40.

<sup>512</sup> Pour reprendre l'expression de J.-J. Lemouland, Le tourisme procréatif, *LPA*, 28 mars 2001, n°62, p. 24. J.-Y. Nau parle, quant à lui, « d'expatriation procréatrice », *Slate.fr*, le 26 juillet 2009. J. Hauser de « la délocalisation de la fabrication des enfants » : *RTD civ.* 2011, p. 340 ou de « l'externalisation de la fabrication des enfants », *JCP G* 2014. 1773. Adde V. Rozée, L'AMP sans frontière, *BEH* 23-24/14 juin 2011, p. 270.

<sup>513</sup> V. *Infra* Section II du présent chapitre pages 124 et s ; adde I. Corpart, La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères, *Dr. fam.* 2015, étude 14.

<sup>514</sup> I. Corpart, Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ? in D. Brach-Thiel et J.-B. Thierry (sous la dir. de), *Forum shopping médical*, éditions PUN-Edulor, 2015, p. 77.



## 1. L'accès facilité à l'assistance médicale à la procréation en cas de demandes intraconjugales

Tous les écueils que nous avons rencontrés peuvent être contournés par un voyage à l'étranger, à condition d'être suffisamment argenté pour entreprendre de telles démarches qui ne feront bien sûr pas l'objet de remboursements par les organismes sociaux<sup>515</sup>. Des renseignements sont communiqués aux intéressés par les associations auxquelles ils adhèrent mais des références sont aussi accessibles sur des forums et des sites ou circulent sur de nombreux réseaux<sup>516</sup>. Les personnes font ensuite leur choix en fonction de la technique médicale sollicitée, sachant que les caractéristiques sociodémographiques des futurs parents interfèrent également<sup>517</sup>.

Ainsi des femmes ménopausées vivant en couple sont-elles fréquemment accueillies en Espagne ou en Italie<sup>518</sup>. Pour mener à bien leur grossesse, elles vont bénéficier d'un don d'ovocyte ou parfois pouvoir accueillir un embryon, notamment lorsque l'âge de leur partenaire sera également élevé. Dans de nombreux pays, elles pourront même participer au choix des donneurs.

Leur âge parfois avancé n'a pas empêché des médecins peu scrupuleux de faire droit à leur demande, tout en sachant qu'elles devraient plutôt être grand-mères. Ce choix ne satisfera pas les intérêts de l'enfant à naître qui sera élevé par un couple de personnes âgées et risquera de se retrouver orphelin de bonne heure. Cette décision est aussi dangereuse pour leur propre santé, autre raison de justifier la soi-disant sévérité du droit français.

Des couples souhaitent aussi obtenir un tri de leurs embryons, car ils envisagent d'avoir un garçon plutôt qu'une fille pour des raisons qui leur sont personnelles ou veulent choisir la personnalité de leur futur enfant. Ce tri sélectif des embryons nécessite une fécondation *in vitro* qui leur serait refusée s'ils ne sont pas porteurs d'une maladie d'une exceptionnelle gravité mais leurs revendications peuvent être entendues ailleurs qu'en France<sup>519</sup>.

En outre, quand des personnes auront pu congeler à titre exceptionnel leurs gamètes ou leurs embryons et souhaiteront plus tard – voire très tard – devenir parents, ils n'auront pas nécessairement accès à leur matériel reproductif s'ils ne remplissent plus les conditions. Certains peuvent dès lors être tentés de s'adresser dès à présent à une officine étrangère. Il leur sera plus facile de mener à terme leur projet d'enfant ultérieurement, même après le décès de leur partenaire ou en cas de rupture du couple, encore faudra-t-il bien choisir le pays où se rendre<sup>520</sup>.

---

<sup>515</sup> V. *Infra* Partie II, Chapitre I, Section I, § 2, pages 201 et s.

<sup>516</sup> Pour une présentation des circuits transnationaux empruntés par les Français, voir une étude réalisée en France, Belgique, Grèce et Espagne, V. Rozée, préc.

<sup>517</sup> V. Rozée, préc.

<sup>518</sup> Le célèbre médecin italien Severino Antinori a, à son actif, la grossesse de plusieurs femmes ayant dépassé leurs soixante ans. Il a toutefois été rattrapé par les prouesses d'un médecin en Inde qui a permis à une septuagénaire de porter un enfant, *Le Figaro* du 11 mai 2016.

<sup>519</sup> Ils pouvaient aussi envisager ce séjour à l'étranger pour faire naître un enfant compatible avec un autre enfant, malade et en attente d'une greffe toutefois la question s'est trouvée réglée, la loi française autorisant désormais cette pratique appelée familièrement le « bébé-médicament ».

<sup>520</sup> Pour preuve les difficultés juridiques rencontrées par une femme devenue stérile après un cancer : elle avait demandé à ce qu'on lui restitue des embryons congelés avec son ex-mari et s'est heurtée au refus de la justice américaine (nov. 2015).

Les couples de personnes de même sexe sont également amenés à entreprendre des démarches au-delà de nos frontières. Les hommes auront besoin de contacter des réseaux de mères porteuses, les femmes la plupart du temps de se rapprocher de centres permettant à toutes les femmes d'obtenir des paillettes de sperme, sachant que parfois leur propre stérilité peut les amener à rechercher aussi des ovocytes.

## **2. L'accès facilité à l'assistance médicale à la procréation en cas de demandes extraconjugales**

Même des demandes de pure convenance personnelle vont être retenues. Ainsi, alors que cette revendication n'est jamais entendue en France, des femmes célibataires ou vivant en couple avec une autre femme peuvent aisément recourir à des cliniques spécialisées dans la reproduction en Belgique notamment. Pour ces centres, le fait d'être marié n'a aucune incidence, toutes les femmes, qu'elles soient célibataires ou vivant avec une autre femme, pouvant accéder à des dons de sperme ou acheter des paillettes.

Il serait même possible qu'elles soient toutes les deux impliquées dans leur projet d'enfant, ce qui serait impensable dans l'hexagone. En effet, elles peuvent demander que l'ovocyte de l'une d'entre elles soit fécondé avec les spermatozoïdes d'un donneur, pour qu'ensuite, cet embryon soit réimplanté chez sa compagne ou son épouse. Cette technique permettrait d'opérer un « partage » des fonctions maternelles entre la génitrice et la gestatrice<sup>521</sup>.

Aucun contrôle n'est effectué et ces femmes, une fois enceintes, seront de retour en France. Le suivi de ces grossesses sera assuré par leur assurance santé et elles pourront prétendre à leur congé de maternité comme pour une grossesse ordinaire.

Toute femme peut également recourir à des cliniques spécialisées pour acheter des ovocytes, même à prix d'or, ce qui favorise des trafics. Certains pays, comme l'Espagne, tentent même d'attirer des clientes potentielles, leur offrant la possibilité de pallier l'insuffisance de donneuses en France. En effet, on voit se développer le shopping *low cost* en matière de reproduction et les campagnes publicitaires de certaines agences sont significatives. Elles vont jusqu'à organiser des activités culturelles en parallèle aux interventions médicales réalisées en Espagne, en fournissant même des intermédiaires bilingues.

Ces centres sont connus des praticiens français qui renseignent parfois des patientes exclues du dispositif français. Jusqu'alors, ces gynécologues risquaient des sanctions pénales, sur le fondement de la loi du 29 juillet 1994<sup>522</sup>, mais la ministre de la Famille a annoncé la prochaine abrogation de ce dispositif<sup>523</sup> et la suppression des sanctions contre les médecins qui recommandent ces filières à leurs patientes.

Enfin, le décès de l'un des membres du couple peut ne plus être un obstacle, le survivant étant autorisé à récupérer gamètes ou embryons congelés, à condition qu'il réalise l'insémination artificielle ou la fécondation *in vitro post mortem* à l'étranger. La récente décision du Conseil

---

<sup>521</sup> Sur les conséquences pour la construction psychique de l'enfant, v. *Infra* pages 306 et s.

<sup>522</sup> L'article 511-24 du C. pén. modifié par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 sept. 2000 précise que « le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

<sup>523</sup> *Le Figaro* du 4 juill. 2016. En réalité, il faudrait changer la loi pour y parvenir, non abroger une circulaire, comme cela a été dit dans la presse.

d'Etat semble avoir ouvert la voie<sup>524</sup>. En effet, la remise des spermatozoïdes du défunt mari est ordonnée au centre de conservation du sperme, la veuve de nationalité espagnole étant invitée à se rapprocher d'une équipe médicale espagnole. Dans cette affaire, la nationalité de l'épouse et de son défunt mari a justifié la réponse qui leur est faite, mais une première brèche nous semble ouverte dans le système très verrouillé français. Les personnes concernées peuvent dès lors faire les démarches de congélation à l'étranger. Il leur sera alors aisé de réclamer le matériel génétique après la mort de leur compagnon.

Quoiqu'il en soit, il est temps que le législateur intervienne sur ces questions et clarifie la situation. Toutes les requêtes ne peuvent pas aboutir au nom d'un « droit à l'enfant ». Que penser d'une revendication consistant à prélever le sperme postérieurement au décès d'un homme, ou à ponctionner les ovocytes d'une épouse en état de mort cérébrale ou décédée. Dans une certaine mesure, les techniques le permettraient mais des considérations éthiques doivent y faire renoncer autant que l'absence de consentement du défunt au projet procréatif.

La question est différente lorsque le survivant d'un couple souhaite maintenir la conservation des embryons surnuméraires congelés, alors que leur destruction doit être programmée en cas de décès du conjoint ou compagnon (CSP, art. L. 2141-4, III), dans l'espoir d'un changement futur de législation. Sans doute faudrait-il revoir les cas de destruction des embryons. Pour le reste, les juristes doivent s'associer aux médecins et psychologues<sup>525</sup> pour se pencher sur ce délicat débat.

Il ressort de l'enquête menée par des sociologues français depuis 2009<sup>526</sup> que les parcours procréatifs des français dépendent en grande partie de la technique sollicitée. Lorsque les personnes sont en quête d'un don de sperme (pour l'essentiel des couples de femmes et des femmes célibataires), elles se tournent vers l'Espagne ou la Belgique selon des critères linguistiques et financiers ou encore d'accessibilité. Les femmes qui choisissent alors le Danemark, la Finlande ou les Pays-Bas le font essentiellement pour bénéficier d'un don de sperme qui ne soit pas anonyme. Lorsqu'il s'agit d'obtenir un don d'ovocyte, c'est-à-dire généralement de permettre à une femme trop âgée de devenir mère ou souhaitant accélérer le processus face à des délais très longs en France, les couples se tournent habituellement vers la Grèce et l'Espagne. Une tendance de tourisme vers la République Tchèque et la Croatie se dessine toutefois car le don y serait plus rapide et moins onéreux. Quant aux circuits de gestation pour autrui, les Etats-Unis viennent en tête en raison de la sécurité qu'offrent des agences spécialisées prenant en charge les démarches médicales, administratives et judiciaires. Beaucoup se rendent également en Inde (pays *low cost* de la GPA), en Russie ou en Ukraine<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> CE, 31 mai 2016, préc.

<sup>525</sup> V. déjà, *L'enfant oublié*, *op. cit.*

<sup>526</sup> V. Rozée, préc.

<sup>527</sup> Selon l'enquête précédemment citée très peu de couples français ont entamé des démarches en Belgique alors que deux centres médicaux accueillent des couples hétérosexuels.

## Section II. Les pratiques de gestation pour le compte d'autrui dans un contexte de « tourisme procréatif »

**Le principe d'interdiction des conventions de mère porteuse.** Dans le cadre des lois de bioéthiques du 29 juillet 1994, la gestation pour autrui a fait l'objet d'une stricte prohibition<sup>528</sup>. Cette interdiction est inscrite à l'article 16-7 du Code civil qui énonce que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Selon l'article 16-9 du Code civil, cette règle est d'ordre public. Ces règles sont assorties de sanctions pénales. A titre d'exemple, et sans prétendre à l'exhaustivité, la gestation pour autrui favorise les délits de simulation d'enfant<sup>529</sup>, de provocation à l'abandon d'enfant<sup>530</sup>, d'obtention à titre onéreux de gamètes humains<sup>531</sup>, d'insémination artisanale<sup>532</sup>, de divulgation d'informations permettant l'identification du couple receveur ou du donneur<sup>533</sup>, ou encore de fabriquer des embryons humains contre paiement<sup>534</sup>.

En conséquence, toute convention passée à l'étranger, même valablement au regard du droit étranger<sup>535</sup>, ne devrait pas avoir d'effets sur le territoire français.

Priver les contrats de gestation pour autrui d'efficacité ne dépouille pas pour autant les enfants de toute filiation<sup>536</sup>. En effet, ces derniers bénéficient du lien constaté dans l'acte d'état civil étranger. En revanche, en l'absence de transcription<sup>537</sup> de l'acte d'état civil étranger sur les registres français, ce lien de filiation n'est pas établi au regard de notre droit<sup>538</sup>. Jusqu'à une époque récente, ce refus de transcription emportait des conséquences<sup>539</sup> sur la nationalité<sup>540</sup> ou

---

<sup>528</sup> C. civ., art. 16-7.

<sup>529</sup> C. pén., art. 227-13.

<sup>530</sup> C. pén., art. 227-12.

<sup>531</sup> C. pén., art. 511-9.

<sup>532</sup> C. pén., art. 511-12.

<sup>533</sup> C. pén., art. 511-10.

<sup>534</sup> C. pén., art. 511-15.

<sup>535</sup> V. *Infra* Droit international privé, Partie II, Chapitre I, Section I, § 1, pages 182 et s.

<sup>536</sup> L'absence de privation a parfois été exprimée de manière explicite dans la jurisprudence. Parmi d'autres, voir not. Paris, 18 mars 2010 ; Affaire n° 09/11017 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2011, Pourvoi n° 10-19.053 ; *Bull. civ.* n° 72 : « (...) *qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France (...)* ».

<sup>537</sup> La transcription d'un acte d'état civil étranger n'est pas une simple opération de consignation sur les registres français d'un acte élaboré par un officier public ou un juge étranger. Elle consiste dans l'établissement d'un acte d'état civil conçu pour assurer une représentation fidèle des faits perçus par le Droit. D'où l'article 47 du Code civil : B. Ancel, L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée, in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, pp. 1 à 9, spéc. p.4.

<sup>538</sup> En conséquence, la Cour de cassation s'est prononcée à diverses reprises sur l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger et ses parents d'intention. Est ainsi interdite l'adoption, que celle-ci soit plénière (AP, 31 mai 1991, *Bull. AP* n° 5), ou simple (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994, *Bull. civ.* n° 226). Est également exclu le recours à la possession d'état, jugée équivoque en raison de la fraude à la loi invoquée (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2011, *Bull. civ.* n° 70), et à la reconnaissance par la mère d'intention (CA Rennes, 4 juillet 2002, RG 01/02471), ou même par le père biologique (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 septembre 2013, *Bull. civ.* n° 316).

<sup>539</sup> Sur la circulaire du 25 janvier 2013, V. obs. C. Neirinck, *Dr. fam.* 2013, n° 42.

<sup>540</sup> V. obs. A. Gouttenoire, *JCP éd. G.*, n° 38, 14 sept. 2015, pp. 1614-1617. V. C. Brunetti-Pons, Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements, *RLDC*, nov. 2013, n° 109, pp. 41-45.

la vocation successorale<sup>541</sup>. Dès lors, la jurisprudence européenne<sup>542</sup> a placé la question sur le terrain des droits de l'enfant et de l'intérêt supérieur de celui-ci au regard de la situation constituée<sup>543</sup> (affaires *Mennesson* et *Labassée*)<sup>544</sup>. Néanmoins, à ce jour, les conventions de mère porteuse demeurent interdites sur le territoire français. Les pratiques analysées recouvrent donc surtout des cas de gestation pour autrui initiés à l'étranger. Toutefois, on relève également quelques hypothèses de gestation pour autrui avec implications sur le territoire français, en violation de la loi française<sup>545</sup>. Il arrive même que le parquet soit saisi d'une demande de don d'enfant sur le territoire français (par exemple, une femme souhaite donner son enfant à une cousine<sup>546</sup>).

**Les pratiques.** Le sigle<sup>547</sup> « GPA » recouvre des hypothèses très diverses, qu'il s'agisse de l'identité des commanditaires, des destinations choisies ou des techniques mises en œuvre. Il n'existe pas de statistiques fiables sur le nombre ou sur les circonstances des naissances en lien avec le tourisme procréatif. Deux raisons l'expliquent.

La première est liée au secret qui entoure ces naissances particulières. Malgré des revendications de plus en plus fortes, la gestation par personne interposée fait l'objet d'une forte réprobation sociale, en France, où les conventions de mère porteuse sont interdites, comme à l'étranger, dans les pays qui l'autorisent<sup>548</sup>.

La seconde porte sur les difficultés, pour les autorités judiciaires et consulaires, à être informées et à prouver le recours à la gestation pour autrui. Si des indices sérieux peuvent exister (l'âge des parents, le lieu de la naissance, un premier enfant, etc.), ils ne sont pas toujours suffisants pour éveiller les soupçons<sup>549</sup>. Par ailleurs, la transcription de l'acte de naissance n'étant pas obligatoire, il se peut que certains parents se soient contentés d'une demande de laisser-passer pour rentrer en France, limitant ainsi les risques d'enquête<sup>550</sup>. Ainsi, depuis 2008, seulement une centaine de dossiers a été traitée par le Procureur chargé de ce service. Mais il semblerait que le chiffre noir du tourisme procréatif lié à une convention de mère porteuse soit, en réalité, beaucoup plus important<sup>551</sup>.

---

<sup>541</sup> Rappr. Lettre du ministère de la justice du 13 avril 2015 n° C1/499-2013/1.8.7/ML/MGD, adressée au Conseil supérieur du notariat.

<sup>542</sup> La Cour de cassation réunie en Assemblée plénière, s'est alignée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans deux arrêts du 3 juillet 2015, préc.

<sup>543</sup> Note L. d'Avout, *D.* 2015. 1007 ; v. chr. C. Brunetti-Pons, Deux arrêts de la Cour EDH favorisent le développement des conventions de mère porteuse à l'échelle internationale, *RLDC*, n° 118, sept. 2014, pp. 47-50 ; *D.* 2014. 1797, note F. Chenédé ; *D.* 2014. 1787, note H. Fulchiron et Bidaud-Garin ; *D.* 2014. 1806, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2014. 616, obs J. Hauser ; *RTD civ.* 2014. 835, obs. J. Marguénaud, v. *Supra* Partie I, Chapitre I, Section I, § 2, B.

<sup>544</sup> La question du statut de l'enfant est approfondie plus loin. V. *Infra* Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section II, pages 212 et s.

<sup>545</sup> TGI Nanterre, 7 avril 2014 ; TGI Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2015 ; T. corr. Marseille, 8 avril 2015 ; T. corr. Blois, 26 janvier 2016.

<sup>546</sup> Interviews de procureurs.

<sup>547</sup> Sur la terminologie, V. *Supra* page 27 et Glossaire.

<sup>548</sup> C'est le cas, notamment, de l'Ukraine. En ce sens, V. notamment D. Lance et J. Merchant, Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux Etats-Unis, *Cahiers de la justice*, 2016. Cela limite les célébrations autour de la naissance de l'enfant, donc leur visibilité.

<sup>549</sup> Voir l'interview du Procureur de la République chargé du service civil de Nantes, en annexe.

<sup>550</sup> *Ibid.*.

<sup>551</sup> *Ibid.*.

En dépit de telles difficultés d'évaluation, il est possible de dresser les contours « du marché de la gestation par personne interposée ».

## § 1- Le détail des pratiques

L'analyse des cas recensés dans les tableaux (en annexe) permet de dresser un portrait des initiataires, des mères porteuses et, le cas échéant, des donneuses d'ovocytes.

### A. Le portrait des « commanditaires »<sup>552</sup> et les destinations privilégiées

Il s'agit soit de couples mariés, soit d'hommes célibataires (mais en couple avec un autre homme le plus souvent). Exceptionnellement, la mère porteuse est une femme seule<sup>553</sup>. En revanche, à ce jour, aucune affaire mettant en cause un couple de femmes n'a été recensée<sup>554</sup>. Dans un premier temps, ce sont les couples constitués d'un homme et d'une femme qui se sont tournés vers la gestation pour autrui, rapidement rejoints par les hommes célibataires. Les premiers cas de gestation pour autrui ont été initiés aux Etats-Unis. Toutefois, très vite, de nouvelles destinations privilégiées ont fait leur apparition : l'Ukraine et l'Inde en particulier. Le coût moins élevé de telles pratiques dans ces pays s'est révélé décisif. Généralement, les couples constitués d'un homme et d'une femme se rendent à l'Est (le droit ukrainien réserve d'ailleurs la gestation pour autrui aux couples constitués d'un homme et d'une femme<sup>555</sup>) ; les hommes célibataires se rendent surtout en Asie<sup>556</sup>. Plus épisodiquement, d'autres destinations sont apparues, dont la Russie, la Bulgarie, la Grèce ou encore le Canada<sup>557</sup>.

Dans la plupart des cas, les pratiques de gestation par personne interposée se déroulent entièrement à l'étranger (de la conception à la naissance), si l'on met de côté les circonstances dans lesquelles le rapprochement entre la mère porteuse et les initiataires a eu lieu. Toutefois, plus récemment, des affaires recouvrant des pratiques sur le territoire français ont été mises au jour. Dans ces cas de figure, le scénario observé est le suivant : un couple fait venir en France une jeune femme étrangère. Il lui est alors demandé de porter un enfant, suite à une insémination artificielle réalisée à l'étranger (par exemple en Belgique), étant convenu que l'enfant sera remis aux initiataires à la naissance qui a lieu en France (ainsi que le suivi de la grossesse<sup>558</sup>). Le plus souvent, cette nouvelle dimension du tourisme procréatif comporte une forte dimension familiale<sup>559</sup>.

En toutes hypothèses, les commanditaires sont très souvent relativement âgés (entre 40 et 60 ans en moyenne) et bénéficient de bonnes conditions matérielles.

---

<sup>552</sup> Sur la terminologie, V. Glossaire.

<sup>553</sup> CE 3 août 2016. En revanche, les raisons qui ont amené cette femme à avoir recours à la GPA ne sont pas précisées : convenance ? impossibilité à procréer ou à mener une grossesse à terme ?

<sup>554</sup> Celles-ci ont plutôt recours à la procréation médicalement assistée. Pour plus de développements, V. *Supra* même chapitre Section 1.

<sup>555</sup> Art. 123 du Code de la famille ukrainien.

<sup>556</sup> Voir tableau n° 2, « GPA pratiquées à l'étranger sans implications sur le territoire français autres que la demande de papiers de voyage ou de transcription », en annexe.

<sup>557</sup> *Ibid.*

<sup>558</sup> Sur la question de la prise en charge, v. *Infra* Partie II, Chapitre I, Section I, § 2, pages 202 et s.

<sup>559</sup> Voir tableau n° 1, « GPA avec implications sur le territoire français », en annexe.

## B. Le portrait de la mère porteuse

**Age et situation financière.** La mère porteuse est plutôt jeune (entre 20 et 30 ans maximum) et le plus souvent dans une situation de grande précarité.

**Maternités préalables.** Dans la plupart des Etats qui autorisent la gestation pour autrui, la mère porteuse doit déjà avoir été mère et l'enfant qu'elle a mis au monde doit être en bonne santé physique et mentale.

**Situation matrimoniale.** La mère porteuse peut être mariée mais le rôle et le poids du consentement du conjoint diffère selon les destinations. Aux Etats-Unis, le mari peut s'opposer à ce que son épouse accepte valablement un tel contrat. En cas d'acceptation de la part du mari, il est fréquent que ce dernier soit alors lui-même partie à la convention de gestation par personne interposée. En Ukraine, l'opposition du mari est en revanche sans effet sur la possibilité pour l'épouse d'accepter un tel contrat.

### La sélection de la mère porteuse et de la donneuse d'ovocyte

Bien évidemment, les individus en mal d'enfant souhaitent le meilleur pour eux-mêmes en ayant à leur disposition la meilleure donneuse d'ovocyte et la meilleure gestatrice. Dès lors, il apparaît presque naturel que les commanditaires les sélectionnent en fonction de critères qui, dans d'autres domaines, apparaîtraient discriminatoires : l'âge, la couleur de peau ou des yeux, les mensurations, les antécédents familiaux, le nombre d'années d'études ou même le Q.I. On remarque en effet, dans toutes les affaires analysées pour lesquelles des informations relatives à la mère porteuse sont données, que cette dernière est jeune et de couleur blanche. L'âge est déterminant. Par exemple, la mère de Romain et Adrien Bouvet n'a que 26 ans ; celle de Kolia Boren est âgée de seulement 23 ans ; Minakshi Shirodkar est la plus âgée : elle a atteint l'âge de 29 ans au moment des faits<sup>560</sup>. Quant aux donneuses d'ovocyte, si l'on dispose généralement de moins d'informations à leur sujet, les sociétés qui organisent ce trafic n'hésitent pas à afficher, sur leur site internet, les conditions dans lesquelles les couples désireux de recourir à la gestation pour autrui peuvent sélectionner la donneuse parfaite.

Pour les donneuses d'ovocytes ou mères porteuses également donneuses, le tri est encore plus sévère et leur rétribution fixée en fonction de leur capacité à satisfaire les exigences des commanditaires.

## C. La diversité des techniques de procréation

A propos des techniques de procréation, on constate d'importantes différences selon les cas analysés. Selon les hypothèses, les gamètes mâles sont celles du père commanditaire ou d'un tiers ; les gamètes femelles proviennent de la gestatrice, de la mère initiatrice ou d'une autre femme. Dans la mesure du possible, les commanditaires souhaitent effacer tout lien entre la mère porteuse et l'enfant à naître. On constate ainsi que, dans la plupart des affaires, la femme

---

<sup>560</sup> *Ibid.*

qui porte l'enfant n'est pas la femme qui donne ses gamètes. C'est pourquoi, le plus souvent, la conception a lieu à l'aide d'un don d'ovocyte, ce qui suppose une fécondation *in vitro*. Par exemple, dans l'affaire *Mennesson*, le couple a eu recours à l'une de leur connaissance pour la fabrication de l'embryon implanté ensuite dans l'utérus de la jeune mère porteuse. Il en va de même dans l'affaire *Laborie*, le couple a fait appel à une donneuse d'ovocyte pour la conception de l'enfant<sup>561</sup>. Le recours à une donneuse d'ovocyte est d'ailleurs expressément prévu par les agences qui, non seulement, en font un argument publicitaire<sup>562</sup>, mais l'insèrent également dans les conventions de maternité de substitution<sup>563</sup>.

Dans certains Etats des Etats-Unis, cette condition est même incontournable. Néanmoins, lorsque le commanditaire est un homme célibataire, il est fréquent que la mère porteuse soit également la mère biologique, ce qui facilite la réussite de la pratique mise en œuvre. Dans ce cas de figure, la conception est le fruit d'une insémination artificielle<sup>564</sup>.

## § 2. Les intermédiaires

Le tourisme procréatif s'appuie sur un puissant maillage économique. A différents niveaux, nombreux sont les acteurs économiques à en tirer profit. Le but poursuivi par ces multiples intermédiaires, à caractère lucratif, leur permet de retirer des profits souvent excessifs.

### A. Les sociétés

La plupart des gestations pour autrui sont organisées par de grosses entreprises internationales. Celles-ci proposent toutes sortes de services, chèrement facturés. Qu'il s'agisse de la rédaction des contrats, de la fourniture d'ovocytes, de la sélection de la mère porteuse, elles exploitent pleinement ce nouveau marché.

Ces sociétés utilisent les nouveaux moyens de communication qui leur permettent d'étendre leur marché et de développer le tourisme procréatif. Aujourd'hui, Internet regorge de propositions destinées à attirer de nouveaux clients. La plupart d'entre elles sont hébergées par des sites appartenant à des agences américaines (*Extraordinary Conceptions*<sup>565</sup> ou *Conceptual Options*<sup>566</sup>) ou ukrainiennes (*Rikas Medical*<sup>567</sup>, *La Vita Nova*<sup>568</sup> ou *BioTexCom*<sup>569</sup>). Toutefois, des sociétés de nationalités diverses postent de plus en plus souvent des offres sur la toile. A titre d'illustration, on peut mentionner : le *Crête fertility Centre*<sup>570</sup>, le *Canadian Medical*

---

<sup>561</sup> V. Tableau n° 2, annexes.

<sup>562</sup> *Ibidem*.

<sup>563</sup> Exemple : art. 5-4 des modèles de conventions de l'agence *BioTexCom* : « Pendant ce séjour à la clinique il est procédé au transfert d'embryons obtenus par la fécondation *in vitro* avec les spermatozoïdes du client et les ovules d'une femme-cliente ou d'une donneuse. »

<sup>564</sup> V. Tableau n° 2, *op. cit.*

<sup>565</sup> <http://www.meres-porteuses.com/>

<sup>566</sup> <http://www.centre-de-meres-porteuses.com/>

<sup>567</sup> <http://rikasmedical.com/>

<sup>568</sup> <http://lavitanova.net/index.php/fr/>

<sup>569</sup> <http://www.mereporteuse.info/>

<sup>570</sup> <http://www.fertilitycrete.gr/fr/>



*Care*<sup>571</sup>, l'agence *Subrogalia*<sup>572</sup>, domiciliée en Espagne ou le *Crown Centre*<sup>573</sup> basé à Chypre<sup>574</sup>. Pour des raisons évidentes, on ne trouve pas encore de propositions franco-françaises. En revanche, certains sites français de rencontre pour devenir parents proposent à leurs adhérents de se déplacer à l'étranger afin de recourir aux services d'une mère porteuse<sup>575</sup>. Ces sociétés rivalisent d'imagination afin d'attirer les couples ou personnes en mal d'enfant. Toutes mettent en avant les raisons de se tourner vers elles plutôt que vers une autre : les chances de succès, le sérieux de leurs services, les services complémentaires adaptés à chaque couple, les garanties proposées, le « *satisfait ou remboursé* », les techniques de sélection des mères porteuses ou des donneuses d'ovocyte.

En tout état de cause, ces agences exposent le sérieux de leur travail en présentant avec précisions leurs compétences techniques et le cadre de leurs interventions. Par exemple, on peut lire sur le site de *BioTexCom* que l'agence propose « *une approche personnelle vers chaque patient, garantissant le résultat positif même au cas désespéré* »<sup>576</sup>. Le centre d'information médicale *La Vita Nova* promet de trouver la mère porteuse adaptée au client en « *[prenant] en considération les facteurs psychologiques, toutes sortes de maladies et conditions dans lesquelles la future mère porteuse vit* »<sup>577</sup>. *Extraordinary Conceptions* promet que « *si aucune [des] méthodes [exposées] ne fournit de résultat satisfaisant dès la première tentative, [les] clients pourront poursuivre leurs essais avec une autre donneuse ou mère de substitution jusqu'à réussite de la procédure* »<sup>578</sup>; *Surogolia* garantit le succès ou assure le remboursement<sup>579</sup>.

## B. Le « staff »

Au regard de la multiplicité des services proposés, le fonctionnement de ces sociétés repose sur un personnel numériquement important. Il convient d'ailleurs de remarquer que, parmi les arguments publicitaires utilisés, la qualité de l'encadrement est fréquemment mise en avant<sup>580</sup>. Les membres de ces équipes peuvent être classés en quatre catégories : ceux dont l'activité est de nature médicale, ceux qui s'occupent de l'administratif et du juridique, ceux qui gèrent la logistique et ceux qui managent les affaires à caractère commercial. Dès lors que l'objet social de ces agences se définit par l'accomplissement d'actes médicaux, on pourrait s'attendre à ce que le personnel médical soit le mieux représenté. Toutefois, ce n'est pas le cas. Si certaines

---

<sup>571</sup> <http://lagestationpourautrui.fr/>

<sup>572</sup> <http://www.subrogalia.com/fr/>

<sup>573</sup> <http://www.crowncentrefivchypriote.com/>

<sup>574</sup> Il ne s'agit que de quelques exemples, l'offre étant extrêmement fournie.

<sup>575</sup> <https://www.co-parents.fr/mere-porteuse.php>. Il s'agit de sites d'un nouveau genre : les sites de coparentalité. En effet, depuis quelques années, on voit fleurir, sur Internet, des offres permettant à des célibataires d'accéder au statut de parent, de se rencontrer afin d'élaborer une convention de parentalité. A titre d'exemple, on peut signaler l'existence des sites « [www.co-parents.fr](http://www.co-parents.fr) », « [www.co-parents.com](http://www.co-parents.com) », « <http://coparentalite.fr> » qui organisent des rencontres entre adultes afin de les accompagner dans la réalisation d'un projet parental.

<sup>576</sup> <http://www.mereporteuse.info/features/meilleures-donneuses/>

<sup>577</sup> <http://www.lavitanova.net/index.php/fr/s-lection-des-m-res-porteuses>.

<sup>578</sup> <http://www.meres-porteuses.com/>, à propos de la procédure médicale (étape 5).

<sup>579</sup> <http://subrogalia.com/fr/pourquoi-contratarnos/>, engagement n° 13.

<sup>580</sup> Par exemple :

- <http://www.crowncentrefivchypriote.com/notre-equipe>
- <http://www.mereporteuse.info/notre-equipe/>
- <http://www.fertilitycrete.gr/fr/a-propos-du-centre-de-fecondation-de-crete>
- <http://www.centre-de-meres-porteuses.com/conceptual-options-team/>

personnalités relevant du secteur médical sont parfois mises en avant, comme c'est le cas pour le *Crête fertility Centre*<sup>581</sup>, le personnel est avant tout constitué de juristes, voire d'administratifs, qui tiennent les rênes de ces projets. Afin d'illustrer nos propos, nous pouvons mentionner le cas de *Subrogalia*<sup>582</sup>, qui se présente comme le premier cabinet d'avocats spécialisés dans la gestation pour autrui ou celui d'*Extraordinary Conceptions* qui a pour Président un professionnel de l'assurance santé<sup>583</sup>.

Dans le cadre de l'organisation mise en place, ces têtes pensantes utilisent les services des personnels médicaux, commerciaux et logistiques.

Les premiers sont présentés comme les meilleurs et les plus expérimentés des praticiens<sup>584</sup>. En toute hypothèse, il s'agit de spécialistes de l'infertilité, de l'assistance médicale à la procréation ou de l'embryologie<sup>585</sup>.

Les seconds s'occupent de tous les aspects commerciaux de la relation clients : l'accueil de ce dernier dans l'agence, les facturations, la comptabilité, les assurances, les services publicitaires<sup>586</sup>, etc. Ils sont, généralement, titulaires de diplômes prestigieux, comme un MBA, obtenus dans de grandes écoles, des écoles de commerce notamment.

La troisième catégorie de personnels gère tous les problèmes matériels liés au tourisme procréatif, notamment les difficultés linguistiques, les questions de visa, le transport des clients, etc.<sup>587</sup>. Certaines agences proposent même des petits manuels à destination des parents d'intention afin de les aider à expliquer aux enfants les circonstances de leur naissance<sup>588</sup>.

De l'importance de l'organisation mise en place découle une conséquence immédiate : les montants affichés sont généralement exorbitants, même lorsque ces sociétés proposent des formules « *tout compris* »<sup>589</sup>, et même lorsqu'elles effectuent des promotions<sup>590</sup>. Parmi toutes les offres proposées sur le net, l'Ukraine reste sans doute la destination la plus attractive. *BioTexCom*, en particulier, propose un pack « *succès garanti* » pour 9 900 €. Mais, dans cette agence, il est possible d'avoir recours à la gestation par autrui pour seulement 4 900 €, en apparence du moins<sup>591</sup>. A l'inverse, le *Canadian Medical Center*, qui propose une facturation à la carte, ne permet pas l'accès à la gestation par personne interposée pour moins de 50 000 €<sup>592</sup>. Et encore, il ne s'agit là que de données estimatives, ce qui explique les mauvaises surprises fréquemment évoquées par les parents commanditaires.

---

<sup>581</sup> <http://www.fertilitycrete.gr/fr/a-propos-du-centre-de-fecondation-de-crete/dr-fraidakis-curriculum-vitae>.

<sup>582</sup> <http://subrogalia.com/fr/porque-contratarnos/>, argument n° 8.

<sup>583</sup> <http://www.meres-porteuses.com/>, rubrique « à propos ».

<sup>584</sup> Voir not. :

- <http://rikasmedical.com/about-us/?lang=fr>
- <http://www.crowncentrefivchypriote.com/notre-equipe>
- [http://lagestationpourautrui.fr/about\\_us](http://lagestationpourautrui.fr/about_us)

<sup>585</sup> *Ibid.*

<sup>586</sup> Voir not.:

- <http://www.centre-de-meres-porteuses.com/conceptual-options-team/>,
- <http://www.crowncentrefivchypriote.com/notre-equipe>

<sup>587</sup> <http://subrogalia.com/fr/nuestro-equipos/>,

<sup>588</sup> <http://subrogalia.com/fr/societe/>.

<sup>589</sup> Par exemple :

- <http://www.mereporteuse.info/services-prix/>
- [http://rikasmedical.com/wp-content/uploads/2015/06/rm\\_super\\_care.pdf](http://rikasmedical.com/wp-content/uploads/2015/06/rm_super_care.pdf)
- [http://rikasmedical.com/wp-content/uploads/2015/06/rm\\_super\\_prestige.pdf](http://rikasmedical.com/wp-content/uploads/2015/06/rm_super_prestige.pdf)
- <http://subrogalia.com/fr/porque-contratarnos/>, engagement n° 20.

<sup>590</sup> *Ibid.*

<sup>591</sup> <http://www.mereporteuse.info/services-prix/>.

<sup>592</sup> <http://lagestationpourautrui.fr/prices>.

Il n'est pas toujours possible de connaître à l'avance le coût total de la procréation par personne interposée (certaines agences exigent une inscription sur leur site internet avant d'accéder à ce genre d'information). Mais l'on sait que, en moyenne, les commanditaires débourseront entre 40 000 et 200 000 \$ selon le pays dans lequel la gestation pour autrui est pratiquée. Seule une infime fraction de la somme demandée aux commanditaires reviendra à la jeune femme qui a porté l'enfant (entre 3 000 et 5 000 € pour la mère porteuse indienne, autours de 20 000 € pour celle de nationalité américaine) ou à la donneuse (entre 300 et 5 000 €)<sup>593</sup>.

Ces sociétés ne sont pas les seules à profiter de ce commerce. D'autres acteurs en tirent des bénéfices, souvent substantiels. C'est le cas, par exemple, des Etats eux-mêmes : pour l'Inde, on parle de 2 milliards de dollars. Les avocats, également, profitent largement de ce nouveau marché. Qu'il s'agisse de l'organisation juridique du trafic ou de la défense des parents d'intention devant les juridictions, le tourisme procréatif constitue pour eux un nouveau marché très lucratif. Indirectement, certains commanditaires en tirent des avantages. Par exemple, chaque fois qu'une affaire de gestation pour autrui est plaidée devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>594</sup>, le montant des frais d'avocat et des dommages-et-intérêts alloués aux plaignants est le plus souvent énorme<sup>595</sup>. De quoi permettre aux uns de consolider leur chiffre d'affaire et aux autres de repartir à l'étranger pour obtenir un deuxième enfant.

Ainsi, la présentation qui est faite de ces pratiques par les agences recensées révèle que la procréation par personne interposée prend la forme, juridiquement, d'une prestation de service proposée à titre onéreux. Les contrats détaillent les conditions dans lesquelles ce service est rendu.

### § 3. Les contrats<sup>596</sup>

Les conventions analysées sont, dans l'ensemble<sup>597</sup>, très précises et très complètes. Elles abordent, point par point, les différentes étapes du processus de procréation par personne

---

<sup>593</sup> Blog du Collectif pour le Respect de la Personne, un collectif pour l'abolition de la maternité de substitution. <http://collectif-corp.com/2015/06/27/la-gpa-questions-frequentes/>.

<sup>594</sup> Cela est vrai, bien évidemment, pour des affaires impliquant la France. Mais il en va de même lorsque les plaignants sont des ressortissants d'un autre Etat membre à la Convention EDH.

<sup>595</sup> *Op. cit.*, tableau n° 2.

<sup>596</sup> Il s'est révélé difficile d'obtenir des conventions de gestation pour autrui. Parmi les sites internet appartenant à des agences de mères porteuses, seul l'un d'entre eux, *BioTexCom*, a mis en ligne, gratuitement, des modèles de contrat <http://www.mereporteuse.info/services-prix/>. Pour des exemples de contrats conclus sur le territoire français, il nous était le plus souvent répondu que, la pratique étant interdite, il n'y avait pas de tels actes disponibles en France. Néanmoins, nous avons pu nous procurer des modèles de convention grâce à des avocats que nous remercions et grâce à des correspondants ou centres étrangers relevant de pays acceptant la gestation par personne interposée. En outre, il y a, d'ores et déjà, dans les pays anglo-saxons, une présentation assez précise du contenu des ces conventions. H.-L. Berk (2015), *The Legalization of Emotions : Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor*, *Law & Society Review*, n° 49(1), 2015, pp. 143-177 : dans cet article, l'auteur, juriste américaine, a analysé trente contrats de *surrogacy* et fait pas moins de 115 entretiens avec des avocats qui s'occupent spécialement ce de type de contrat, des agences de *surrogacy*, des *surrogates*, des *commissioning parents*, des maris de *surrogates*, des *counselors* et psychologues travaillant pour les *surrogacy agencies*. Et ce dans 20 Etats différents. L'objet principal d'étude consiste à analyser le contenu des conventions. Liant à son sujet la question de l'état juridique de la question dans les différents Etats à celle du contenu des conventions, l'auteur quantifie par une *coding grid* que moins les Etats sont sûrs juridiquement et plus les efforts de contrôle des émotions et de l'attachement est grand *via* les clauses contractuelles.

<sup>597</sup> Sont ici analysées les conventions proposées par des sociétés. Dans le cadre d'analyse de contentieux ou de dossiers étudiés par les parquets, il nous est arrivé de trouver des conventions de gestation pour autrui conclues

interposée, de la fécondation à l'établissement de la filiation. Toutes les situations (ou presque) sont envisagées : le nombre de tentatives, la sélection des acteurs, la maladie ou l'éventuel handicap de l'enfant, etc.

Dans les conventions de gestation pour autrui analysées, la question de la rémunération occupe une place importante<sup>598</sup> : pas moins de deux sections lui sont, *a minima*, entièrement consacrées<sup>599</sup>. Le contenu d'une convention-type est le suivant :

**Une première section** intitulée « *Payment of certain actual and reasonable expenses* » (littéralement « *paiement de certaines dépenses réelles et raisonnables* ») **détaille, avec de très nombreuses précisions, l'ensemble des frais qui doivent être versés à la mère-porteuse par les parents commanditaires.** On apprend, par exemple, que le coût de la vie de la mère porteuse inclut, notamment, le logement, l'automobile ou les vêtements de maternité. Pour ces sommes, des plafonds journaliers sont fixés dans la convention, mais ils peuvent être révisés dans l'hypothèse d'une grossesse multiple ou d'un acte médical particulier (césarienne, amniocentèse, perte des organes reproducteurs, etc.). Par ailleurs, « *tous les frais médicaux, pharmaceutiques, hospitaliers, de laboratoire et de thérapie engagés pendant ou résultant de complications découlant du transfert d'embryons qui ne sont pas payables en vertu de la police d'assurance-maladie de la mère porteuse sont payés par le père génétique et la mère d'intention porteuse* »<sup>600</sup>. Autrement dit, tous les frais médicaux engagés pendant l'exécution de la convention sont à la charge des commanditaires.

Les parents commanditaires peuvent aussi être amenés à supporter la perte ou diminution de salaires, sommes perdues par la gestatrice ou par son conjoint en raison de la grossesse.

Dans la section relative aux frais dus par les parents commanditaires à la mère porteuse, une clause prend soin de préciser que la prise en charge des frais ne représente en rien le paiement de l'enfant à naître<sup>601</sup>. La pratique contredit toutefois cette affirmation. En effet, dans toutes les affaires examinées, il existe une disproportion manifeste entre les sommes versées et le coût global de la grossesse. Généralement, le montant de la somme touchée par la gestatrice va bien au-delà d'une simple compensation pour service rendu. Par exemple, dans l'affaire *Foulon*, la jeune femme indienne reçoit environ 2 000 € de la part du père biologique alors qu'elle gagne moins de 50 € par mois<sup>602</sup>. D'ailleurs, l'éventuelle mort *in utero* du bébé entraîne le remboursement des frais aux commanditaires<sup>603</sup>.

---

sur le territoire français et consistant en un simple courrier mentionnant de la part des initiataires, un engagement de prise en charge des frais de la gestatrice. La convention était alors rédigée à la main et ne comportait qu'une dizaine ou une quinzaine de lignes avec, en bas de page, la signature de l'initiateur.

<sup>598</sup> V. *Infra* sur les conséquences : Partie III, Chapitre I, Section III, § 2, pages 326 et s.

<sup>599</sup> V. Les conventions de maternité de substitution traduite de l'anglais en français (en annexes), en particulier les sections IX (« *Payment of certain actual and reasonable expenses* », littéralement « *paiement de certaines dépenses réelles et raisonnables* ») et XII (« *Breach* », littéralement « *Violations* »).

<sup>600</sup> *Ibid.*, section IX: « *All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses incurred during, or resulting from complications arising from embryo transfer, that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother.* »

<sup>601</sup> *Ibid.*, section IX: « *Such payments are not in any way to be construed as payment for the Child(ren).* » Littéralement, « *De tels paiements ne doivent en aucun cas être considérés comme des paiements pour les enfants.* »

<sup>602</sup> V. Tableau n° 2, *op. cit.*

<sup>603</sup> *Op. cit.*, section XII.

**Une deuxième section, « breach » (violations) aborde la question des indemnités dues :** y sont envisagées les éventuelles responsabilités ; celles-ci sont encourues lorsque l'une ou l'autre des parties au contrat ne remplit pas les obligations spécifiées dans ladite section. Tel est le cas, par exemple, si la mère porteuse « *interrompt la grossesse sans le consentement du père génétique et de la mère d'intention* »<sup>604</sup>, si elle « *agit d'une manière dangereuse pour le bien-être du (des) enfant(s) à naître en ne respectant pas les directives de son médecin, en utilisant des médicaments ou des médicaments non prescrits par son médecin, (...)* »<sup>605</sup> ou si elle « *ne renonce pas à la garde de l'enfant* »<sup>606</sup>. Des sanctions pécuniaires lourdes sont envisagées.

La violation contractuelle abordée peut parfois engager la responsabilité des parents commanditaires, par exemple dans le cas où ceux-ci refuseraient d'accueillir le ou les enfant(s) après leur naissance<sup>607</sup>.

En outre, ces conventions comportent une liste d'obligations impressionnante à la charge de la gestatrice. Ces obligations sont sanctionnées par des pénalités (sommes d'argent de montant divers mais souvent important) mentionnées dans la section qui énumère les obligations de la mère porteuse.

A la suite des sections consacrées aux questions financières, les conventions comportent les clauses suivantes, lesquelles prévoient souvent des sanctions pécuniaires pour la mère porteuse qui y contreviendrait, lesquelles viennent alors s'ajouter à celles qui viennent d'être envisagées :

**Les clauses relatives à la gestation.** Les modalités de la gestation sont abordées dans un temps ultérieur de la convention et n'ont d'autre objectif que d'optimiser l'arrivée d'un bébé voulu parfait, en pleine santé physique et mentale.

En conséquence, les opérations de procréation par personne interposée s'accompagnent, dans la majorité des cas, d'une soumission flagrante de la mère porteuse. Ce constat peut être réalisé, que la convention soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit.

La mise en place de ce contrôle est clairement affichée dans les termes mêmes du contrat conclu entre les parties. Les conventions de maternité de substitution comportent en effet des clauses très précises et contraignantes qui couvrent l'essentiel de la vie de la gestatrice<sup>608</sup>. Il apparaît ainsi que la mère porteuse doit, toute entière, vivre au service et selon les désirs d'autrui. Ainsi, les commanditaires ont-ils le pouvoir de lui imposer un mode de vie ou, à tout le moins, des obligations très strictes à suivre. A défaut, la mère porteuse s'expose à des sanctions pécuniaires relativement lourdes<sup>609</sup>.

Le couple commanditaire domine le suivi médical de la grossesse. Il a la possibilité de soumettre la femme qui porte l'enfant à un suivi médical ou psychologique de son choix ; le choix du médecin qui suit la grossesse est laissé à la discrétion des parents commanditaires, de même que l'établissement du calendrier prénatal. Les commanditaires peuvent également

---

<sup>604</sup> *Ibid.*, « *Aborts the pregnancy in violation of this Agreement without the consent of the Genetic Father and Intended Mother.* »

<sup>605</sup> *Ibid.*, « *Acts in a manner dangerous to the well being of the unborn Child(ren) by failing to follow the directions of her physician, using medications or drugs not prescribed by her physician, (...).* »

<sup>606</sup> *Ibid.*, « *Fails to relinquish custody of the Child(ren).* »

<sup>607</sup> *Ibid.*, section XII.

<sup>608</sup> V. *Supra* les traductions des différentes conventions de maternité de substitution.

<sup>609</sup> *Ibid.*, v. également, la déclaration du Secrétariat de la Commission des Épisopats de la Communauté Européenne (COMECE) – Avis du groupe de réflexion *Bioéthique sur la gestation pour autrui – La question de sa régulation au niveau européen ou international*, fév. 2015, spéc. p. 8

imposer à la gestatrice certains actes médicaux particuliers tels qu'une amniocentèse, un avortement, une césarienne, un cerclage, etc.

Au-delà, les clauses du contrat permettent aux commanditaires de définir le mode de vie<sup>610</sup> de la femme enceinte : la pratique éventuelle d'un sport pendant la grossesse ; l'autorisation de voyager en dehors du territoire sur lequel se déroule la grossesse ; la possibilité de continuer à travailler ou, encore, le choix du régime alimentaire de la mère porteuse. Cette intrusion est si forte qu'elle pénètre les domaines les plus intimes de sa vie. En effet, les futurs parents peuvent encadrer, comme ils le souhaitent, la vie sexuelle de la jeune femme<sup>611</sup>.

La plupart des contrats comportent des listes impressionnantes de choses interdites à la *surrogate* : ne pas se mettre du vernis à ongle, ne pas porter de piercings, ne pas utiliser de cosmétiques chimiques, ne pas se teindre les cheveux, ne pas fumer, ne pas boire d'alcool ou même du café, de pas prendre de drogue, ne pas avoir de relations sexuelles durant la grossesse, ne pas faire de sport, dormir convenablement, prendre telles vitamines, marcher suffisamment ou faire de l'exercice, ne pas assister à des funérailles, manger bio, ne pas manger des aliments décrits dans une liste longue et exhaustive, ne pas changer la litière d'un chat, ne pas utiliser de micro-ondes, etc. La liste peut dépasser les centaines de prescriptions.

Afin de s'assurer du respect par la mère porteuse de ses obligations, celle-ci fait l'objet d'une surveillance assidue. Selon le lieu d'exécution du contrat, celle-ci s'exprime différemment. Ainsi, dans les Etats américains, cette dernière peut faire l'objet, à tout moment, d'un contrôle diligenté par les commanditaires ou par la société intermédiaire. Concrètement, « *l'agence exerce un contrôle régulier, parfois avec des visites quotidiennes, et le suivi psychologique peut devenir aussi un moyen de surveillance. Les [parents commanditaires] eux-mêmes peuvent être en contact permanent avec la mère porteuse, par téléphone ou à travers des visites, au point d'empiéter sur l'intimité de la mère porteuse et d'entretenir une confusion malsaine* »<sup>612</sup>. En Inde, les mères porteuses sont généralement tenues enfermées dans des cliniques spécialisées et soumises à un régime et à un emploi du temps stricts. Elles sont coupées de tout : de leurs familles, de leurs maris et enfants, de toute vie sociale, etc. et condamnées à vivre enfermées pendant neuf mois<sup>613</sup>. Elles ne retrouveront leur liberté qu'après l'accouchement, une fois le bébé remis aux commanditaires.

Mais, en définitive, les résultats sont identiques, quel que soit le mode de contrôle mis en place : la jeune femme perd sa liberté d'aller et venir, elle est réduite à sa capacité à donner la vie.

Ces dernières remarques attestent que, neuf mois durant, la mère porteuse n'est plus une personne à part entière. Sa vie est mise au service des parents commanditaires ; la gestatrice perd ainsi toute liberté, jusque dans ses aspects les plus intimes. Elle est réduite à une fonction :

---

<sup>610</sup> H.-L. Berk, *The Legalization of Emotion s: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor*, loc. cit: les avocats interviewés dans cet ouvrage font état d'exemples de contrôle obsessionnel et pluri-quotidien de la « *surrogate mother* » par les « *commissioning parents* », qui appellent constamment, etc. Les entretiens relatés montrent aussi que ce contrôle maniaque est en partie lié aux émotions vulnérables des personnes impliquées et, pour les mères *commissioning*, à une jalousie profonde de la capacité de cette autre femme (la *surrogate*) à porter un enfant (*womb envy*). C'est là aussi une émotion sur laquelle les rédacteurs des conventions essayent de travailler. Comme le relèvent d'autres personnes auditionnées, le contrôle de la *surrogate mother* vient aussi du pouvoir économique : les parents commanditaires sont des parents riches et socialement de classe élevée, comme relevé ci-dessus.

<sup>611</sup> *Ibid.*

<sup>612</sup> *Op. cit.*, déclaration de la COMECE, spéc. p. 8.

<sup>613</sup> *Ibid.*, p. 9.

la gestation<sup>614</sup>. Corrélativement, d'autres clauses visent à éviter que la mère porteuse ne cherche à aller au-delà de ce pour quoi elle est missionnée par la convention.

**Les clauses cherchant à éviter un attachement de la mère porteuse à l'enfant et réciproquement.** Outre les sanctions pécuniaires directes prévues pour le cas où la mère porteuse refuserait de « livrer » l'enfant, de nombreuses clauses de la convention ont pour objectif évident d'éviter que la gestatrice développe de l'affection pour l'enfant et essaye de le garder, ce qui renvoie à la question de l'attachement<sup>615</sup>.

Les clauses relatives à l'**allaitement** l'illustrent bien<sup>616</sup>. La plupart des contrats comportent des clauses expresses interdisant cette pratique à la *surrogate mother*. Cela conduit à ne pas tenir compte des bienfaits de l'allaitement pour la santé physique et mentale de l'enfant<sup>617</sup>. Il arrive néanmoins que certaines *surrogates* allaitent quand même l'enfant, en dépit de clauses contractuelles contraires. Sur ce point, les avocats interviewés admettent qu'ils cherchent à l'éviter autant que possible<sup>618</sup>. Il ressort toutefois de l'étude des conventions<sup>619</sup> que, dans certaines d'entre elles, la santé de l'enfant est tout de même privilégiée. A ce titre, l'allaitement maternel est parfois prévu ou, à tout le moins, le tirage du lait qui doit être ainsi donné aux *commissioning parents* pendant quelques mois. Dans ces cas de figure, un nombre impressionnant de clauses prévoit la quantité, les jours de livraison du lait, la durée, les compensations économiques qui y sont associées, etc. Des situations moins violentes pour l'enfant sont parfois organisées, telles le cas des *nursing mothers* qui mettent immédiatement l'enfant dans les bras de la mère *commissioning* juste après la tétée pour que l'enfant fasse la transition entre les deux mères plus facilement ou, encore, d'autres situations dans lesquelles, comme pour l'adoption, la *commissioning mother* a préparé ses seins pour pouvoir elle aussi allaiter à la naissance<sup>620</sup>. Au demeurant, toujours pour faciliter les émotions et l'attachement, les avocats encouragent souvent les *commissioning mothers* à le faire<sup>621</sup>. Cela suppose toutefois qu'il y ait une mère pour accueillir l'enfant, ce qui n'est pas le cas, par hypothèse, dans un couple d'hommes.

Des clauses viennent également organiser et encadrer le **contact physique et le maintien des relations entre la mère porteuse et l'enfant après la remise de l'enfant aux *commissioning parents***. L'organisation prévue autour de la mère porteuse, que ce soit celle des avocats, des *agencies*, des conseillers ou psychologues, vise à obtenir le détachement aussi bien prénatal que post-natal de celle-ci : le « *performing detachment*<sup>622</sup> ». Corrélativement, tout le travail des professionnels vise à obtenir l'attachement de la *commissioning mother* (« *performing attachment* »). Des clauses de la convention accompagnent ces objectifs. Ainsi, le contrat va parfois jusqu'à interdire que l'enfant soit vu, touché, porté, *a fortiori* câliné par la *surrogate mother*.

---

<sup>614</sup> V. *Infra* : Partie III, Chapitre I, Section III, § 2, pages 331 et s.

<sup>615</sup> V. *Infra* : Partie III, Chapitre I, Section II, pages 313 et s.

<sup>616</sup> H.-L. Berk, *The Legalization of Emotions: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor*, *loc. cit.* C'est le seul article recensé dans le cadre de la recherche qui en fasse état.

<sup>617</sup> M. Herzog-Evans, *Allaitement maternel et droit*, L'Harmattan, 2007.

<sup>618</sup> H.-L. Berk, *loc. cit.*

<sup>619</sup> *Ibidem*.

<sup>620</sup> Ce qui est possible mais délicat à organiser et pas toujours couronné de succès : V. les médecins interviewés dans le cadre de la recherche.

<sup>621</sup> H.-L. Berk, *loc. cit.*

<sup>622</sup> *Ibidem*.

L'ensemble de la littérature<sup>623</sup> montre par ailleurs que le non-attachement de la mère gestante à l'enfant n'a rien de naturel, mais est le produit, dans tous les pays, d'un authentique lavage de cerveau continu et d'un contrôle intense des mères, ce, tout au long de la relation contractuelle. Enfin, **des clauses abordent les relations entre les parents commanditaires et la mère porteuse**. En toutes hypothèses, il est précisé, au terme d'une clause qui se trouve habituellement dans la première section de la convention, que le contrat a pour but la remise d'un enfant à un couple désigné. Généralement, ces dispositions sont formulées de la manière suivante<sup>624</sup> : « *La mère de substitution s'engage à porter à terme l'enfant du père génétique et à remettre l'enfant au père biologique et à la mère d'intention définis comme les parents légaux* ». Cette clause s'accompagne toujours d'une seconde, la clause d'abandon, par laquelle la gestatrice renonce à tous ses droits et devoirs à l'égard de l'enfant. Il est parfois prévu que le jeu de cette clause est écarté lorsque les parents commanditaires ne veulent pas, *in fine*, du bébé, pour des raisons convenues à l'avance et n'engageant pas la responsabilité des *commissioning parents* (V. *supra*).

Si la remise de l'enfant est systématiquement prévue, les modalités peuvent différer selon les relations contractuelles ou, plus largement, selon les relations nouées entre les parents commanditaires et la mère porteuse.

Différents cas de figure ont en effet pu être observés. Tantôt les clauses prévoient une « livraison » pure et simple à la naissance sans aucun contact la mère porteuse et les parents commanditaires après l'accouchement ; tantôt les clauses prévoient, à l'inverse, des périodes de transition. Dans ce contexte, les circonstances de la remise de l'enfant, la durée des contacts, etc. sont précisément organisés. En pratique, deux extrêmes se rencontrent. D'un côté, on constate parfois l'absence totale de contact entre les commanditaires et la mère porteuse après la naissance, cela quelles que soient les promesses qui ont pu être faites auparavant. Dans cette situation, la *surrogate* ressent souvent un sentiment de rejet<sup>625</sup> par les parents d'intention<sup>626</sup> y compris dans des cas où la mère a eu de sérieuses complications après la naissance et passé des mois à l'hôpital. D'un autre côté, des relations continues et sympathiques peuvent se nouer entre les différents protagonistes. Entre ces deux extrêmes, on peut trouver toutes les nuances possibles. Le vécu le plus souvent relevé est celui de contacts les premières semaines qui disparaissent ensuite peu à peu. Il est relevé que les mères porteuses le vivent très mal et que certaines souffrent de dépression. Pour l'éviter, les *agencies* et avocats encouragent les *commissioning parent* à exprimer leur gratitude envers la mère porteuse, rhétorique du « *gift* »<sup>627</sup>.

---

<sup>623</sup> Dans la présente revue de la littérature, nous n'avons sélectionné que des recherches empiriquement valides. Faute de place, nous n'avons pas la possibilité de présenter toutes les méthodologies en cause. Toutefois, certaines recherches moins solides ou biaisées seront présentées, car elles alimentent un discours occidental comportant une forte dose de déni et de biais et, dans ce cas, nous évoquerons la méthodologie employée.

<sup>624</sup> Dans le texte des conventions: « *The Surrogate intends to carry the Child(ren) of the Genetic Father to term and thereafter deliver the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, as legal, biological and natural parents, a Child(ren) to the fullest extent she is capable of doing so.* », v. *op. cit.* Les traductions des différentes conventions de substitution, section I.

<sup>625</sup> Etant les parents légaux, ils ont le droit de couper tout contact.

<sup>626</sup> C'est le cas le plus fréquent lorsque la GPA se déroule en Inde.

<sup>627</sup> H.-L. Berk, *loc. cit.*



### Section III. Le cas spécifique du transsexualisme

Le sujet est difficile à apprécier d'un point de vue scientifique pour trois raisons. En premier lieu, en raison de l'absence de statistiques fiables et d'études sur le devenir des personnes transsexuelles. En second lieu, du fait que le transsexualisme ne rime pas nécessairement avec stérilité, ce que beaucoup ignorent<sup>628</sup>, et qu'il n'y pas vraiment de changement de sexe au final<sup>629</sup>, ce qui conduit certains médecins à considérer que, hormis le cas d'inter-sexuation qui est spécifique<sup>630</sup>, la question devrait être traitée médicalement sur le terrain psychologique<sup>631</sup>. En troisième lieu, du fait que le régime juridique applicable est flou. Le contentieux est rattaché à l'article 99 du Code civil. Or, cet article vise la rectification des actes de l'état civil<sup>632</sup> et non la modification de ces actes<sup>633</sup>. La loi du 18 novembre 2016, précitée, a toutefois modifié cet état du droit en introduisant des dispositions spécifiques et nouvelles en matière de traitement des demandes de changement de sexe à l'état civil et notamment en précisant les règles de procédure à suivre dans ce cas précis.

Enfin, la portée de la loi du 18 novembre 2016 n'est pas encore clairement dégagée<sup>634</sup>, les procureurs interrogés s'en inquiétant<sup>635</sup>. Cette loi rend, en outre, plus complexe la définition même du transsexualisme en se fondant sur le seul choix subjectif d'un changement d'apparence et de comportement social.

#### § 1. Des données manquant de fiabilité

##### A. Des statistiques lacunaires

**Absence de données précises et fiables.** En France, « *il n'y a pas de données épidémiologiques précises concernant la prévalence du transsexualisme* » souligne le rapport de l'Académie nationale de médecine<sup>636</sup>. Ce rapport relève que, selon la Haute Autorité de la Santé (HAS), elle devrait se situer entre 1/10 000 et 1/50 000. Des données quantitatives sont accessibles en comptabilisant les actes médicaux pris en charge par la Sécurité sociale. En effet, quatre équipes

<sup>628</sup> V. *Infra* Partie II, Chapitre I, Section 2, Sous-section 3, pages 231 et s.

<sup>629</sup> C. Chiland, *Le changement de sexe, illusions et réalités*, *op. cit.*

<sup>630</sup> V. Le glossaire médical du docteur Chiland, *op. cit.* Et V. ci-dessous.

<sup>631</sup> En ce sens le Docteur Lévy-soussan.

<sup>632</sup> Ce qui recouvre par exemple la suppression de mentions superflues, une omission de prénom, une correction de prénom ou, encore, une erreur de sexe. Ce texte est adapté au cas d'intersexuation lorsqu'une rectification de l'acte d'état civil s'avère nécessaire. En revanche, dans le cas du transsexualisme, le fondement de la modification (le respect de la vie privée) ne fonde pas une rectification proprement dite.

<sup>633</sup> Auquel cas il s'agit d'une action d'état, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les personnes*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 108 note 14.

<sup>634</sup> Un décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 vient préciser les procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, NOR : JUSC1703390D.

<sup>635</sup> La circulaire (n° NOR JUSC1709389C) du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil fait suite à l'entrée en vigueur du décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 et vient préciser par deux fiches techniques la phase judiciaire de ces procédures et les modalités d'application en matière d'état civil. Sur les précisions apportées par le décret, v. *infra* pages 139 et s.

<sup>636</sup> Académie nationale de médecine, Information, Séance du 25 mars 2014 : « Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel » : <http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2014/03/25.3.14-JOUANNET-info2.pdf>

multi-sites réunissant psychiatres et psychologues, endocrinologues et chirurgiens sont réparties à Bordeaux, Lyon, Marseille et Paris et regroupées dans la Société Française d'Etude et de prise en Charge du Transsexualisme (SOFECT). En une année (2009 à 2010), 329 nouveaux traitements hormonaux et 153 transformations chirurgicales ont été enregistrés. L'inspection générale des affaires sociales (IGAS) – toujours selon le rapport de l'Académie de médecine –, sur une période équivalente, recensait 125 actes chirurgicaux de réassignation sexuelle et 127 requêtes pour changement d'état civil formées devant 36 cours d'appel en 2010.

*In fine*, dans ce rapport, l'Académie de médecine reconnaît d'une part, que les actes chirurgicaux sont très divers et, d'autre part, que de nombreuses personnes sont traitées en dehors de ces centres, voire à l'étranger, si bien qu'« *il est impossible d'en apprécier le nombre*<sup>637</sup> ».

**Quant au devenir des personnes concernées, les données sont encore plus lacunaires.** Le docteur Colette Chiland, psychiatre et psychanalyste faisant autorité sur le sujet, a déploré que l'importance du suivi prospectif des patients ait été méconnue. « *On en est réduit à entreprendre maintenant des études rétrospectives sur des cohortes dont on ne retrouvera pas tous les patients. En France, les médecins ont à cœur de respecter la liberté des patients et répugnent à leur proposer un suivi systématique ; du coup, ils sont réduits à évaluer leurs résultats à partir des seuls patients qui reviennent les voir spontanément ou répondent à leur invitation à revenir* »<sup>638</sup>.

Le même constat ressort des 8èmes Assises françaises de sexologie et de santé sexuelle intéressant de très près l'objet de la présente étude car consacrées à l'homoparentalité et à « *l'avenir psychoaffectif et la sexualité des enfants élevés hors norme* » : il en ressort toutefois que « *les études ne sont pas encore assez nombreuses pour arrêter des conclusions fermes* »<sup>639</sup>. On notera néanmoins qu'il y a lieu ici de relever que des expériences sont faites sur des enfants.

## **B. Un manque de rigueur d'ordre méthodologique**

Il est important, dans le cadre d'une recherche scientifique, de relever le manque de rigueur méthodologique des études réalisées en ce domaine.

En effet, le décalage entre le petit nombre de personnes concernées et la quantité considérable

---

<sup>637</sup> Avis du Conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine 2014, préc. [http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/avisco\\_autoconservationgametes\\_juin2014.pdf](http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/avisco_autoconservationgametes_juin2014.pdf) : « *Les personnes transsexuelles désirant suivre un traitement médico-chirurgical pour réassignation sexuelle sont peu nombreuses. On peut en estimer le nombre total à environ 200 par an en France. Les personnes choisissant comme traitement uniquement l'hormonothérapie sont plus difficiles à dénombrer. Parmi toutes ces personnes, celles qui demandent une autoconservation de gamètes avant leur transformation semblent assez rares ; les CECOS font ainsi état d'une quinzaine de demandes au cours des dernières années* », soit environ 15 demandes en 10 ans.

<sup>638</sup> Dr C. Chiland, La problématique de l'identité sexuée, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56 (2008) 328-334, Elsevier Masson.

<sup>639</sup> Communication du Dr Patrick Leuillet gynécologue, sexologue, sexothérapeute aux 8èmes Assises françaises de sexologie et de santé sexuelle consacrées à *L'homoparentalité et l'avenir psychoaffectif et la sexualité des enfants élevés hors norme* », Amiens, *Le Quotidien du médecin*, lundi 18 mai 2015, n°9412. Par exemple, l'étude Mark Regnerus de 2012 porte sur 3000 enfants, 8 structures familiales différentes à partir de 40 critères sociaux et émotionnels pour conclure que les résultats les plus positifs sont observés dans la structure familiale traditionnelle. L'auteur termine en constatant : « *tous les travaux actuels montrent qu'aucune conclusion ne peut réellement être aboutie* » : *L'homoparentalité et l'avenir psychoaffectif et la sexualité des enfants élevés hors norme* », *ibidem*.

de littérature sur le sujet, devrait questionner sur la nature du phénomène et l'adéquation des réponses apportées.

En outre, les répercussions de la modification de l'état civil de la personne transsexuelle sur la filiation et la situation des enfants nés et à naître devrait être envisagée dans le traitement juridique de la question du changement d'état civil<sup>640</sup>. D'une façon plus générale, l'occultation des répercussions de la décision individuelle de changer d'identité sexuée sur les tiers (enfants nés et à naître, conjoints, parents, mais aussi au regard de ses impacts sur la société et en matière de sécurité juridique), y compris devant les Institutions européennes, est alarmante. Sous l'angle du droit à l'enfant et de la filiation, il faudrait *a minima* tenir compte, dans l'élaboration normative, des décisions européennes relative aux restrictions à l'exercice de l'autorité parentale de personnes transsexuelles qui compromettent la construction psychique des enfants<sup>641</sup>.

Enfin, la question du voyeurisme en la matière (mise en évidence avec force par le Professeur Zucker<sup>642</sup>), là où le traitement devrait être évoqué dans le secret propre au médical, évoque un phénomène collectif de compensation, en réaction à une société normative axée uniquement sur l'apparence des personnes.

Cela soulève la question de la pertinence des solutions actuelles en ce qu'elles sont fondées sur le respect de la vie privée, donc sur l'apparence, là où le but thérapeutique semblerait devoir prévaloir.

Le manque de rigueur est particulièrement dérangeant car cela occulte le fait que la filiation<sup>643</sup> d'un enfant peut se trouver impactée par le phénomène du transsexualisme à la suite d'un changement d'état civil

## § 2. Le transsexualisme et l'état civil

Le contexte de la problématique du transsexualisme sous l'angle du « droit à l'enfant » et de la filiation a évolué.

### A. Le contexte jurisprudentiel et législatif

**La jurisprudence.** Le raisonnement juridique en la matière est d'autant plus délicat à appréhender que la modification de l'état civil fût fondée par la jurisprudence de la Cour

---

<sup>640</sup> A. Leclair, Quand la loi introduit la confusion des genres, *Le Figaro*, 28 octobre 2016, p.13. L'auteur écrit : « une personne née femme mais reconnue comme un homme par l'administration pourrait accoucher. L'enfant aurait alors deux pères dont l'un lui aurait donné le jour ». Autre exemple : le commentaire de J. Hauser, *RTD civ.* 2016, p. 603, à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Caen, 10 mars 2016, n°15/01208, *Dr. fam.* 2016, comm. 108, obs H. Fulchiron : « Dis-moi, qui est ton maman et qui est ton papa ? ».

<sup>641</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section I, § 1, pages 306 et s.

<sup>642</sup> Colloque : *Bonheur ou malheur d'être fille ou garçon*, FIAP Jean Monnet, avec K.-J. Zucker, 30 janv. 2015, *Société française de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*.

<sup>643</sup> Ou plus exactement tantôt l'apparence de la filiation telle qu'elle ressort de l'acte d'état civil portant modification, tantôt la filiation si l'état civil modifié devait être pris en compte, ce que semble suggérer la loi du 18 nov. 2016.

européenne<sup>644</sup> sur le « droit au respect de la vie privée » (Conv. EDH, art. 8) en vue de mettre en concordance l'apparence et le comportement d'une personne avec son identité officielle. La Cour européenne fut suivie par la Cour de cassation française<sup>645</sup> se référant à l'existence d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, étant relevé que la personne présentait le « syndrome » du transsexualisme<sup>646</sup>. Puis la jurisprudence française, sans modifier ce fondement juridique, a d'abord pris en compte le caractère irréversible du processus de changement de sexe<sup>647</sup>.

La voie empruntée par la jurisprudence française ne portant atteinte ni aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ni aux articles 16 et 16-1 du Code civil selon la Cour de cassation<sup>648</sup>, introduisait une meilleure assimilation par le droit du phénomène du transsexualisme<sup>649</sup>. Une telle solution permet de se référer plus aisément dans l'avenir à une seule identité sexuée (la mention résultant du jugement de modification) et non à deux mentions différentes : le sexe d'origine et le sexe modifié. Cela aurait dû supposer toutefois que la possibilité de modifier le sexe à l'état civil ne concerne que des personnes à l'égard desquelles aucune filiation n'a été d'ores et déjà établie.

Plus tard et sous un autre angle, la Cour européenne décide que la non-concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne peut plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître le changement de sexe de l'intéressée<sup>650</sup>, ce qui rend plus délicate l'articulation des critères ci-dessus mentionnés. Surtout, les solutions jurisprudentielles posant comme conditions la réalité d'un syndrome médical de transsexualisme et le caractère irréversible du changement d'apparence, se sont trouvées en porte-à-faux à partir du moment

---

<sup>644</sup> CEDH, 25 mars 1992, *Van Oosterwijck c/ Belgique* : Série A, n° 40, D. 1993, 101, note J. Margénaud.

<sup>645</sup> Sur l'impact de la jurisprudence européenne, v. *Infra* Partie II, Chapitre II, Section II, § 3, pages 268 et s.

<sup>646</sup> Cass. Ass. Plén. 11 déc. 1992, deux arrêts, *Bull. civ.* n° 13.

<sup>647</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 juin 2012, *Bull. civ.* I, n° 123 (caractère irréversible de la transformation de son apparence) ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 fév. 2013, *Bull. civ.* I, n° 13 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 fév. 2013, *Bull. civ.* I n°14. Et V. les références citées *supra* même partie, Chapitre I, Section I, § 1, C.

<sup>648</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 fév. 2013, préc. La Cour européenne ne l'a pas remis en cause. L'arrêt du 10 mars 2015 de la CEDH, aff. *Y.Y. c. Turquie*, req n°14793/08 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-152779#>) a, d'une part, le mérite d'exposer très complètement les droits dont doit bénéficier toute personne transsexuelle au regard de la Convention et, d'autre part, retrace exhaustivement la jurisprudence de la CEDH ainsi que ses méthodes de raisonnement. Aussi renverrons nous au texte même de la décision en relevant que, selon la Cour européenne « *la notion de vie privée* » (...) recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 22, série A n° 91) et englobe parfois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (*Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002I). Des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuée, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A n°45, *B. c. France*, 25 mars 1992, § 63, série A n°232-C, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A n°280B, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 71, Recueil des arrêts et décisions 1997I, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°33985/96 et n°33986/96, 71, CEDH 1999VI). En revanche, il n'est pas pertinent de se référer à la même décision pour fonder une remise en cause de la position de la jurisprudence française. En effet, la décision européenne tranche un litige qui se rapporte exclusivement à une particularité du système judiciaire turc. La question posée n'était pas celle du changement d'état civil, mais celle de l'autorisation judiciaire de subir une opération de changement de sexe, la Turquie conditionnant cette décision judiciaire à la preuve de l'incapacité de procréer. La Cour de Strasbourg « *ne s'explique pas pourquoi l'incapacité de procréer d'une personne souhaitant se soumettre à une opération de changement de sexe devrait être établie avant même que ne soit engagé le processus physique de changement de sexe* ». C'est cette incohérence du droit interne turc, et elle seule, qui a porté atteinte au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée au sens de l'article 8, §1, de la Convention.

<sup>649</sup> Dans son acception médicale et antérieure à l'évolution récente qui réfute toute dimension médicale.

<sup>650</sup> CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin*, préc.

où la transsexualité n'était plus définie comme une pathologie médicale<sup>651</sup> et où l'irréversibilité pouvait laisser intactes les facultés de procréation conformément au sexe de naissance<sup>652</sup>. La loi récente du 18 novembre 2016 a encore compliqué la donne.

**La loi.** Précédée de nombreuses propositions<sup>653</sup>, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 « de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle », a introduit une importante simplification de la procédure de changement de prénom et de mention du sexe sur l'acte de naissance<sup>654</sup>.

I. – L'article 60 du code civil est ainsi rédigé : « Art. 60. – Après la section 2 du chapitre II du titre II du livre I du même code, est insérée une section 2 *bis* ainsi rédigée : Section 2 *bis* - De la modification de la mention du sexe à l'état civil - Art. 61-5. – « *Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :*

*1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.*

*Art. 61-8. – « La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification ».*

Il reste à évaluer la portée de l'article 61- 8 nouveau du Code civil, cité ci-dessus. Remarquons également à ce sujet que n'a pas été approfondie, lors des débats parlementaires ni en amont, la question des atteintes corrélatives aux droits des tiers et, surtout, des enfants déjà nés ou à naître. *Quid juris*, par exemple, si l'enfant invoque la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant au motif que la mention lui porterait préjudice ou ne lui permettrait pas d'établir la réalité de son état civil.

---

<sup>651</sup> V. *Supra* : même partie Chapitre I, Section I, § 1, C, pages 40 et s. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa Résolution 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre, a réclamé la délivrance de documents officiels reflétant le genre, ce qui a sans doute pesé dans cette évolution. S'agissant du « genre » – concept relevant des sciences sociales –, sa définition juridique reste à préciser, comme relevé *infra* ; nous sommes donc conduits à suivre, dans le présent rapport, les conseils du docteur Chiland, à savoir éviter absolument de s'y référer dans les travaux scientifiques.

<sup>652</sup> Ce qui doit être mis en perspective avec une décision de la CEDH affirmant que l'intérêt supérieur de l'enfant est que soit établie sa filiation *réelle* : *Aff Mandet c/ France*, préc. CEDH 14 janvier 2016 n°30955, préc.

<sup>653</sup> Circulaire n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, DACS, NOR : JUSC1012994C. Elle préconise de faciliter la modification de la mention du sexe) ; proposition de loi n° 4127 du 22 déc. 2011 (ce texte envisage la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil sans obligation de parcours médical ni de réassignation sexuelle chirurgicale), loi n°2012-954 du 6 août 2012, C. pén., art. 225-1 évoquant la « *discrimination en raison de l'identité sexuelle* », Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, en juin 2013, note du 28 mai 2015 (réponse à question écrite adressée aux procureurs généraux près les cours d'appel et procureurs de la République auprès des TGI C1/580-2014/1.6.10.3/ML 20141006414 (non publiée sur le site du premier ministre).

<sup>654</sup> Rappel : la circulaire (n° NOR JUSC1709389C) du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil fait suite à l'entrée en vigueur du décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 et vient préciser par deux fiches techniques la phase judiciaire de ces procédures et les modalités d'application en matière d'état civil.

## B. L'analyse de la portée des nouvelles dispositions légales

L'état civil enregistre l'état des personnes : naissance, mariage, divorce, décès, incapacités. Il est indisponible<sup>655</sup>, c'est-à-dire qu'il ne peut être modifié que par l'autorité publique, à certaines conditions et par un jugement constitutif d'état.

La déclaration de naissance donne lieu à l'établissement de l'acte de naissance. En ce qui concerne la mention du sexe, l'état civil ne s'intéresse qu'à la constatation du sexe morphologique apparent du nouveau-né, c'est-à-dire à l'apparence morphologique des organes génitaux. A cela deux raisons historiques : l'incorporation des hommes dans les armées et la possibilité de procréation dans le mariage. Ainsi, le déclarant devait-il présenter l'enfant vivant à l'officier d'état civil qui vérifiait *de visu* (démarche remplacée aujourd'hui par le certificat médical) que l'enfant n'était pas déclaré faussement de sexe féminin par exemple afin d'échapper à la conscription. Ce motif ayant disparu<sup>656</sup>, reste le motif d'identification et de potentialité physiologique de procréation conformément au sexe de naissance. Ce motif est déterminant lors de l'établissement ou de la contestation judiciaire d'une filiation.

A la naissance, l'enfant est ainsi rattaché à l'un ou l'autre sexe et, en cas de doute<sup>657</sup> l'article 288 alinéa 1<sup>er</sup>, de l'Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999<sup>658</sup> règle les conditions de rectification de la mention du sexe<sup>659</sup>. La même instruction règle les conditions d'inscription de la mention du jugement ordonnant le changement de sexe sur l'acte de naissance de l'intéressé<sup>660</sup>.

La question du transsexualisme ne se manifeste chronologiquement que dans un second temps, après la majorité ou l'émancipation, par la demande de modification de la mention du sexe de naissance et du prénom sur l'acte de naissance.

La demande de modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance obéit désormais à un régime propre (loi du 18 novembre 2016) :

Art. 61-6. – « *La demande est présentée devant le tribunal de grande instance. Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande. Le*

---

<sup>655</sup> L'indisponibilité de l'état civil est un principe essentiel du droit français, d'ordre public, v. *Supra* même partie, Chapitre I, Section I, § 2, C, pages 56 et s.

<sup>656</sup> Loi du 5 novembre 1919 qui a abrogé l'ancien article 55 du Code civil.

<sup>657</sup> L'intersexuation ou hermaphrodisme est une pathologie rarissime à ne pas confondre avec le transsexualisme, v. *Supra* même Partie, Chapitre I, Section I, § 1, C, pages 40 et s.

<sup>658</sup> JO, 28 juillet 1999.

<sup>659</sup> « *Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication "de sexe indéterminé" dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur* ». Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par une décision judiciaire. Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon. Une circulaire du 28 octobre 2011 annonce une réflexion visant à modifier les règles applicables.

<sup>660</sup> Art. 241 de l'instruction générale relative à l'état civil.

*fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande. Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil ».*

*Art. 61-7. – « Mention de la décision de modification du sexe et, le cas échéant, des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, à la requête du procureur de la République, dans les quinze jours suivant la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée. Par dérogation à l'article 61-4, les modifications de prénoms corrélatives à une décision de modification de sexe ne sont portées en marge des actes de l'état civil des conjoints et enfants qu'avec le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux. Les articles 100 et 101 sont applicables aux modifications de sexe ».*

Pour le reste<sup>661</sup>, la demande devrait continuer à être rattachée au régime de l'action rectificative de l'état civil prévue par l'article 99 du Code civil<sup>662</sup>. L'action est ouverte à toute personne qui y a intérêt et au ministère public. La demande est formée, instruite et jugée comme en matière gracieuse. Elle peut aussi être présentée au procureur de la République qui saisit la juridiction compétente<sup>663</sup>. L'affaire est communiquée dans tous les cas pour avis au ministère public<sup>664</sup>. Le juge peut ordonner la mise en cause de toute personne intéressée. Il peut également convoquer le conseil de famille si ce dernier a été constitué.

S'il fait droit à la demande<sup>665</sup>, le juge ordonne la modification, par mention en marge, de tous les actes établis, dressés ou transcrits hors de son ressort<sup>666</sup>.

La procédure a été précisée sur certains points par un décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 : articles 1055-5 et suivants nouveaux du Code de procédure civile. Sont notamment ajoutées à la procédure classique mentionnée ci-dessus les précisions ou doublons suivants (hors le cas du changement de prénom) :

- La demande en modification de la mention du sexe est portée devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel soit la personne intéressée demeure, soit son acte de naissance a été dressé ou transcrit (Art. 1055-5 nouveau alinéa 1).
- La demande en modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil relève de la matière gracieuse. Les voies de recours sont ouvertes au ministère public (Art. 1055-6 nouveau).
- La demande est formée par requête remise ou adressée au greffe. Le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire (Art. 1055-7 nouveau).
- L'affaire est instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public. Les décisions sont rendues hors la présence du public (Art. 1055-8 nouveau).

---

<sup>661</sup> Sous réserve des précisions réglementaires développées ci-dessous. Et v. la circulaire (n° NOR JUSC1709389C) du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, précisant par deux fiches techniques la phase judiciaire de ces procédures et les modalités d'application en matière d'état civil.

<sup>662</sup> C. pr. civ., art. 1047 et s.

<sup>663</sup> Toutefois, si le procureur de la République entend s'opposer à la demande, il en informe le requérant et l'invite à saisir lui-même la juridiction, C. pr. civ., art. 1051, al. 2.

<sup>664</sup> Lorsque la demande est formée par le procureur ou un tiers, la personne dont l'état civil est en cause ou ses héritiers sont entendus ou appelés, C. pr. civ., art. 1052, al. 2.

<sup>665</sup> S'agissant d'une décision relevant de la matière gracieuse, les voies de recours sont quasi inexistantes pour les tiers : C. pr. civ., art. 1055. Les voies de recours sont, dans tous les cas, ouvertes au ministère public.

<sup>666</sup> C. pr. civ., art. 1054. A cette fin, le dispositif de la décision est transmis par le procureur de la République au dépositaire des actes modifiés.

Se pose corrélativement la question de savoir si l'acte de naissance des enfants nés ou à naître s'en trouve modifié. Selon la Cour de cassation : compte tenu des caractères constitutifs et non rétroactif du jugement<sup>667</sup>, le changement de sexe n'a pas d'incidence sur la filiation de l'enfant déjà né<sup>668</sup>. Un arrêt de la cour d'appel de Paris avait décidé que la décision ordonnant la modification de la mention du sexe à l'état civil n'a d'effet que pour l'avenir et ne remet pas en cause les énonciations de l'acte de naissance de l'enfant intéressé<sup>669</sup>. Postérieurement à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 novembre 2006, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon a repris cette même solution<sup>670</sup>.

Des membres du parquet<sup>671</sup> ont en outre attiré l'attention de la Chancellerie sur ce point. Une note<sup>672</sup> leur a été envoyée, précisant, s'agissant de l'acte de naissance des enfants, que « *si la personne transsexuelle a des enfants nés antérieurement au changement de son état civil, il peut être procédé à la mise à jour des actes de naissance par la mention du nouveau prénom du parent* ».

Le décret précité n° 2017-450 du 29 mars 2017 répond à cette question à l'article 1055-9 nouveau du Code de procédure civile.

Art. 1055-9 : « Le tribunal ordonne la modification des prénoms dans les actes de l'état civil des conjoints, et, le cas échéant, des enfants, après avoir constaté le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux.

La personne dont l'état civil est en cause ou son représentant légal peut être entendu.

Le bénéficiaire du changement de prénom peut également demander cette modification, postérieurement à la décision du tribunal, auprès du procureur de la République près ledit tribunal.

Cette demande est accompagnée du dispositif de la décision devenue définitive et des documents contenant les consentements requis.

Le conjoint, l'enfant majeur ou le représentant légal de l'enfant mineur, peuvent, dans les mêmes conditions, demander au procureur de la République la modification des seuls actes qui les concernent postérieurement à la décision du tribunal.

Dans tous les cas, le procureur de la République ordonne l'apposition de la modification des prénoms sur les actes concernés et transmet les pièces mentionnées à l'alinéa précédent à l'officier de l'état civil dépositaire desdits actes pour y être annexés. »

Ce changement de prénom peut permettre une modification du livret de famille. Après l'article 16 du décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille, l'article 5 du décret précité n° 2017-450 du 29 mars 2017 rétablit un article 16-1 au contenu nouveau, ainsi rédigé : « sur demande d'un des époux ou d'un des parents, un nouveau livret de famille est délivré, contre remise du précédent, à la suite d'une décision de changement de la mention du sexe à l'état civil ayant entraîné la modification visée au dernier alinéa de l'article 1055-9 » (cité ci-dessus). Pour autant, la situation dans laquelle un enfant a une mère dont l'apparence et le prénom sont masculins, ou l'inverse, n'est pas confortable pour l'enfant<sup>673</sup>, et c'est un euphémisme.

---

<sup>667</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 nov. 2006, n° 04-10058.

<sup>668</sup> Même arrêt.

<sup>669</sup> Paris, 2 juillet 1998, *JCP éd. G.* 1999. II. 10005, note T. Garé ; *ibidem* I. 149 n° 2, note B. Teyssié ; *Dr. fam.* 1999, comm. 13, note P. Murat.

<sup>670</sup> Lyon, 15 mai 2007, n° 06-03761.

<sup>671</sup> Interrogés dans le cadre de la présente recherche.

<sup>672</sup> Direction des affaires civiles et du sceau, note du 28 mai 2015, C1/580-2014/1.6.10.3/ML ; 201410064145.

<sup>673</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section I, spéc, pages 306 et s.



Cette modification<sup>674</sup> du prénom n'affecte pas la filiation, d'ores et déjà établie, de l'enfant. La filiation de l'enfant s'en trouverait-elle affectée après la loi du 18 novembre 2016 ? Le principe de non-rétroactivité<sup>675</sup> se trouve affirmé dans le Code civil. En revanche, pour les enfants nés après le jugement de changement d'état civil, la filiation de l'enfant sera *a priori*, selon certaines opinions<sup>676</sup>, établie en fonction de l'état civil modifié<sup>677</sup>. Cette solution a de quoi étonner car il est perturbant d'admettre qu'une même personne puisse être la mère d'un enfant et le père d'un autre<sup>678</sup> ; la question des répercussions sur la construction psychique des enfants ne doit pas être occultée<sup>679</sup>. En outre, la filiation sera fragile<sup>680</sup>.

## Conclusion :

Avec la loi du 18 novembre 2016, la cohérence recherchée entre les apparences et la mention du sexe sur l'acte de naissance ultérieurement modifié, produit de nouvelles incohérences et incompréhensions. En effet, la modification ne concerne pas le seul demandeur mais aussi le conjoint, les enfants, les ascendants et la parentèle. Or, la modification se trouve sensiblement facilitée. Sur la preuve apportée par tous moyens d'un changement d'apparence et du comportement social, l'état civil peut être modifié, par l'ajout de la mention de modification du sexe en marge de l'acte de naissance de la personne transsexuelle, à savoir d'une manière officielle, ce qui touche la situation juridique et psychologique<sup>681</sup> de l'enfant. Le droit scelle en cela de son autorité<sup>682</sup> une incohérence préjudiciable à l'enfant<sup>683</sup>.

---

<sup>674</sup> Cette note ayant laissé le choix (« peut »), les procureurs ont adapté leurs pratiques. Par exemple, si le juge saisi de la demande de modification de sexe demande à ce que les actes de naissance des enfants soient modifiés, le procureur y procède. Autrement dit, la modification de l'acte de naissance de l'enfant n'est pas systématique : la question est alors mise dans le débat, selon les procureurs interrogés.

<sup>675</sup> V. F. Hartman, « Effets de la modification du sexe à l'état civil », obs. in *Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux présenté par l'IEJ de Paris I*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/libertes-famille/lecon1/sect2/i/c-effets-modification-sexe/>

<sup>676</sup> Qui ne sont pas celles de l'auteur de ces lignes. Et v. L'exposé des motifs de la proposition de loi visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, n° 4127, présentée à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011, p 9 : « La présente proposition de loi ne propose en rien de modifier le sexe biologique de l'individu reconnu à sa naissance et indiqué dans l'acte de l'état civil. Il s'agit ici de rectifier le genre de l'individu qui constate que son genre ne correspond pas à son sexe biologique ». Un auteur avait proposé la mention d'un « sexe d'usage », G. Raoul-cormeil, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuaction », colloque Reims, avr. 2015.

<sup>677</sup> Interprétation *a contrario* de l'arrêt d'appel du 2 juillet 1998 et des dispositions de la loi du 18 novembre 2016. S'agissant du cas des enfants nés après le changement, il ne s'est pas encore posé aux procureurs interviewés. Le législateur devrait être conduit à revoir cet alinéa dont les conséquences n'ont pas été suffisamment pesées, les parlementaires n'ayant pas eu le temps d'en être correctement informés (il ressort des débats que les parlementaires ont voté le texte en considérant que le changement de sexe coïncidait nécessairement avec une stérilité, ce qui n'est pas le cas). V. Le dossier législatif et les auditions qui se sont déroulées devant la Commission des lois du Sénat le 8 juin 2016.

<sup>678</sup> A supposer que les règles d'établissement de la filiation telles qu'elles existent actuellement dans le Code civil soient totalement bouleversées.

<sup>679</sup> Cette question est approfondie dans le présent rapport, v. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section I, pages 306 et s.

<sup>680</sup> Sur les conflits de filiation et actions en filiation, v. *Infra* Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section III, pages 231 et s.

<sup>681</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section I, pages 306 et s.

<sup>682</sup> L'impact de la consécration légale sur la construction psychique de l'enfant ne doit pas être sous-estimé : P. Lévy-Soussan, Enjeux psychologiques des filiations actuelles : en finir avec l'intérêt de l'enfant ? in *Famille contemporaines, le défi de l'éthique*, colloque Marseille, 24 nov. 2016, *op. cit.*

<sup>683</sup> V. *Infra* Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section III, pages 231 et s. Et V. A. Mirkovic, Le préjudice résultant pour l'enfant du don de gamètes, in *Mélanges en l'honneur de C. Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 597 et s.

## Chapitre III. Le panorama des législations et jurisprudences dans le monde

Les législations dans le Monde ne consacrent pas des solutions uniformes. Il ne serait d'ailleurs guère envisageable de ne pas laisser s'exercer, en la matière, les souverainetés nationales. Chaque pays est souverain, bien qu'il faille tenir compte aussi de l'impact des traités signés par tel ou tel Etat<sup>684</sup>.

Le Premier ministre français avait dévoilé en octobre 2014 l'intention de la France de « *promouvoir une initiative internationale, susceptible d'aboutir, par exemple, à ce que les pays qui autorisent la gestation pour autrui n'accordent pas le bénéfice de ce mode de procréation aux ressortissants des pays qui l'interdisent* ». Ayant été interrogé sur ce point, quelques mois plus tard, le ministre français des Affaires étrangères et du Développement international publiait au JO du 3 décembre 2015 une réponse réservée. Le ministre rappelle que la gestation pour autrui demeure prohibée sur le territoire, quelle que soit la portée des décisions de la Cour de cassation du 3 juillet 2015<sup>685</sup>, soulignant que « *les différences rendent difficiles, à court terme, une approche commune entre les partenaires européens* ». Certes, la conférence de la Haye y travaille, mais une harmonisation internationale de ce problème juridique « global »<sup>686</sup> n'est pas à l'ordre du jour. En revanche, certains pays ont pris l'initiative de préciser les limites du domaine d'application de leur propre législation en matière de gestation pour le compte d'autrui. Selon le Professeur Mattéi, la GPA serait, en Ukraine, ouverte aux ressortissants du pays mais pas à ceux dont la législation l'interdit<sup>687</sup>. On observe un mouvement identique en Inde<sup>688</sup>.

La GPA, toutefois, ne se situe pas à l'origine de toutes les situations de « droit à l'enfant » étudiées<sup>689</sup>. La recherche ne peut s'y cantonner. AMP « sociétale » et adoption « sociétale »<sup>690</sup> seront aussi envisagées sous cet angle.

Par ailleurs, l'élément de droit comparé est un instrument de comparaison permettant d'aiguiser la réflexion, et non le modèle de lois futures. Calquer sa conduite sur celle des autres reviendrait à ne consacrer légalement qu'un tout petit dénominateur commun, ce qui réduirait la protection de l'enfant à une peau de chagrin.

<sup>684</sup> V. *Infra* Partie II, Chapitre II, Section II, pages 255 et s.

<sup>685</sup> Rép. Min. n° 16464, JO 3 déc. 2015, p. 3213.

<sup>686</sup> H. Fulchiron, « La gestation pour autrui : un problème juridique « global » », in *La gestation pour autrui : restituer la France dans le monde-représentations, encadrements et pratiques*, colloque Paris 17-18 nov. 2016.

<sup>687</sup> J.-F. Mattéi, Des dilemmes éthiques au cœur des pratiques médicales, in *Familles contemporaines, Le défi de l'éthique, op. cit.* Nous avons toutefois cherché cette disposition sans la trouver. L'article 123 du Code de la famille ukrainien prévoit que : « *Si un embryon conçu par les époux au moyen de technologies de reproduction assistée est transféré dans le corps d'une autre femme, les époux sont les parents de l'enfant* ».

<sup>688</sup> *The assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill* 2013. En août 2016, la ministre indienne des affaires étrangères Sushma Swaraj déclarait que seuls les couples indiens mariés pourraient avoir recours à la GPA. Il s'agit d'un projet de loi très large visant à interdire la pratique commerciale de la GPA. Les couples sans enfants, qui ne peuvent en avoir pour des raisons médicales, ont la possibilité de demander de l'aide à un parent proche, dans le cadre de la GPA dite « altruiste ». Rappr. *Infra* pages 344 et s.

<sup>689</sup> *Supra* pages 23 et 24.

<sup>690</sup> Comme précisé dans l'introduction, l'adoption ne sera envisagée que sous cet angle, v. page 23 et, pour l'adoption dans son ensemble, v. I. Corpart, Filiations : nouveaux enjeux, Problèmes politiques et sociaux (dossier réalisé par), *La Documentation française*, juillet 2005, n° 914.

Enfin, la synthèse de droit comparé ici présentée n'est pas exhaustive. Les correspondants contactés en Jordanie, à Dubaï et, d'une façon plus générale, au Moyen Orient, n'ont pas souhaité poursuivre la collaboration initiée en France sur le sujet tel que formulé par la Mission Droit et justice du Ministère de la justice. Nous avons pu ainsi constater des tensions sur ces sujets dans le Monde. Par ailleurs, l'analyse de droit comparé n'a pas non plus été élargie à l'Asie, faute de correspondant sur place<sup>691</sup>.

L'analyse de droit comparé se concentrera sur trois aspects fondamentaux qui permettent de cerner les contours du « droit à l'enfant » dans les différents systèmes juridiques étudiés : la procréation médicalement assistée, les maternités de substitution et l'adoption. Des solutions très différentes existent en effet à leur propos dans les droits nationaux concernés. De tels clivages sont essentiels à comprendre puisqu'ils entraînent des problèmes importants de coexistence au niveau international. Il est en effet tentant pour un couple ou une personne seule, dont la loi de l'État du domicile est restrictive, de chercher à bénéficier de règles étrangères plus favorables. L'insertion de telles normes dans un environnement moins favorable pose des difficultés de coordination évidentes.

## **Section I. La procréation médicalement assistée**

La plupart des États objets de l'étude consacrent des dispositions plus ou moins libérales autorisant le recours à la procréation médicalement assistée (§ 1). Seul le Luxembourg fait figure d'exception, son droit étant lacunaire en la matière (§ 2).

### **§ 1. L'autorisation encadrée du recours à la procréation médicalement assistée**

**En droit espagnol**, la loi 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée, prévoit des dispositions concernant la procréation médicalement assistée.

En vertu de l'article 6.1, toutes les femmes de plus de dix-huit ans ayant la pleine capacité juridique peuvent être donneuses ou bénéficiaires des techniques réglementées par la loi et ce indépendamment de leur état matrimonial et de leur orientation sexuelle. Elles doivent avoir donné un consentement écrit, libre, conscient et explicite. L'information et le consentement doivent être faits dans des formes appropriées, de sorte qu'ils soient accessibles et compréhensibles pour les personnes handicapées<sup>692</sup>.

En présence d'une femme mariée, le consentement de son mari est également nécessaire, sauf cas de séparation légale ou de fait<sup>693</sup>. Lorsqu'il s'agit d'une femme mariée, non séparée

---

<sup>691</sup> Sur le droit comparé, v. *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, op. cit., not : Y-M Hsu, Les incidences de la procréation médicalement assistée sur la parenté : réflexions chinoises et taiwanaises, p. 287 et s., et v. S. Hayakawa, Impact du développement de la procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation au Japon, p. 279 et s.

<sup>692</sup> Art. 6.4, tel qu'ajouté par l'article 8 de la loi 26/2011, du 1<sup>er</sup> août 2011 sur l'adaptation normative de la Convention sur les droits des personnes handicapées.

<sup>693</sup> Art. 6.3.

légalement ou de fait, avec une autre femme, celle-ci peut consentir, comme prévu dans la Loi sur l'enregistrement civil, à ce que l'enfant ait également sa filiation établie à son égard<sup>694</sup>.

Le don de gamètes et de pré-embryons est également régi par la même loi. Il doit nécessairement être formalisé par un contrat à titre gratuit et confidentiel entre le donneur et le centre agréé<sup>695</sup>. L'accord doit conclure par écrit entre le donneur et le centre agréé. Avant sa formalisation, les donneurs doivent être informés des buts et des conséquences de l'acte<sup>696</sup>. Le don ne doit jamais avoir une nature lucrative ou commerciale. Une compensation économique n'est due qu'au titre des frais de voyage, de la perte de journées de travail et de l'inconfort physique subi.

De façon logique, les publicités ou promotions par des centres agréés afin d'encourager le don de cellules et de tissus humains doit en respecter le caractère altruiste. Elles ne peuvent en aucun cas encourager les dons en offrant une compensation ou des avantages économiques<sup>697</sup>.

Les donneurs doivent avoir plus de dix-huit ans, être en bonne santé physique et mentale et disposer de la pleine capacité juridique. Leur état psychophysique doit répondre aux exigences d'un protocole d'étude des donneurs qui comprend les caractéristiques phénotypiques et psychologiques ainsi que les conditions cliniques et tests nécessaires pour démontrer, selon l'état des connaissances de la science et de la technique existant au moment de leur réalisation, que les donneurs ne souffrent pas de maladies génétiques, héréditaires ou transmissibles à la descendance. Ces mêmes conditions sont applicables à des échantillons de dons provenant d'autres États<sup>698</sup>.

Le choix du donneur de sperme ne peut être fait que par l'équipe médicale appliquant la technique, pour préserver l'anonymat du don. En aucun cas, le donneur n'est choisi personnellement par la bénéficiaire<sup>699</sup>.

Le nombre maximum autorisé d'enfants nés en Espagne et issus des gamètes d'un même donneur ne doit pas être supérieur à six. Afin d'assurer l'efficacité d'une telle limitation, les donneurs doivent déclarer à chaque don s'ils en ont fait un autre auparavant et les conditions de celui-ci, ainsi que l'heure et le centre dans lequel ils avaient réalisés de tels dons. La vérification de ces données peut être faite en consultant un registre national des donneurs. La vérification de l'identité des donneurs et des naissances entraînés par les dons antérieurs sont de la responsabilité des centres et services utilisant des gamètes issus de dons<sup>700</sup>.

Quant aux enfants nés par reproduction assistée, ils ont le droit d'obtenir des informations générales sur le donneur, à l'exclusion de son identité. Le même droit appartient aux receveurs de gamètes et de pré-embryons. A titre exceptionnel, dans des circonstances extraordinaires impliquant un danger pour la vie ou la santé de l'enfant ou le cas échéant sur le fondement des règles de procédure pénale, il est possible de révéler l'identité du donneur, à condition que cette divulgation soit indispensable pour éviter le danger ou pour parvenir au but légal proposé. Une telle divulgation est de nature restreinte et ne comporte aucune publicité de l'identité des donneurs<sup>701</sup>.

---

<sup>694</sup> Art. 7.3, tel qu'ajouté par la disposition finale de la loi 19/2015 du 13 Juillet 2015 sur les mesures de réforme administrative dans le domaine de l'administration de la justice et de l'état civil.

<sup>695</sup> Art. 5.1.

<sup>696</sup> Art. 5.4.

<sup>697</sup> Art. 5.3.

<sup>698</sup> Art. 5.6.

<sup>699</sup> Art. 6.5.

<sup>700</sup> Art. 5.7.

<sup>701</sup> Art. 5.5.

L'article 9 de la loi vise le cas particulier du décès du mari avant la naissance de l'enfant, en cas de recours à des techniques de reproduction assistée. La règle générale est que la filiation ne peut être établie que si, à la mort du mari, son épouse était déjà enceinte. Toutefois, le mari peut donner son consentement dans un acte public, un testament ou un document d'instruction préalable afin que ses cellules reproductives soient utilisées dans les douze mois suivant sa mort pour féconder son épouse. Le consentement à l'application des techniques médicales dans de telles circonstances peut être révoqué à tout moment avant l'achèvement de leur mise en œuvre. Si le couple n'était pas marié, l'homme peut également donner son consentement de manière anticipée mais une procédure spécifique devra ensuite être intentée auprès de l'état civil<sup>702</sup>, sans préjudice d'une action judiciaire en réclamation de paternité<sup>703</sup>.

Le **droit belge** consacre une loi spécifique en la matière, celle du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires.

L'article 4 fixe l'âge minimum et maximum pour recourir à cette technique. Il dispose que « [l]e prélèvement de gamètes est ouvert aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum.

*La demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes est ouverte aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum.*

*L'implantation d'embryons ou l'insémination de gamètes ne peut être effectuée chez la femme majeure, âgée de plus de 47 ans.*

*Par dérogation à l'alinéa 1er, le prélèvement pour cryoconservation de gamètes, d'embryons surnuméraires, de gonades ou fragments de gonades peut être effectué, sur indication médicale, chez un mineur ».*

Le don de gamètes est réglementé, dans le détail, aux articles 51 et suivants de la même loi.

Un tel don est par principe licite s'il est gratuit<sup>704</sup>. Toutefois, il est prévu que le Roi puisse fixer « une indemnité qui couvre les frais de déplacement ou de perte de salaire de la personne prélevée »<sup>705</sup>. Cette indemnité peut également couvrir les frais d'hospitalisation inhérents au prélèvement d'ovocytes de la donneuse.

De nombreuses interdictions sont prévues par la loi. La commercialisation des gamètes humains est ainsi interdite<sup>706</sup>. Il en va de même des dons de gamètes à caractère eugénique ou axé sur la sélection du sexe<sup>707</sup>. L'insémination simultanée de gamètes provenant de donneurs de gamètes différents est également interdite<sup>708</sup>. Enfin, les gamètes d'un même donneur ne peuvent conduire à la naissance d'enfants chez plus de six femmes différentes<sup>709</sup>.

Les règles relatives à l'établissement de la filiation sont également précisées. Ainsi, à compter de l'insémination des gamètes ayant fait l'objet du don, les règles de la filiation figurant dans le Code civil belge ne jouent plus qu'en faveur du ou des auteurs du projet parental ayant bénéficié du don.

---

<sup>702</sup> Art. 44 de la loi 20/2011 du 21 Juillet 2011, de l'état civil.

<sup>703</sup> Art. 9.3 de la loi 14/2006.

<sup>704</sup> Art. 51, § 1, 1<sup>ère</sup> phrase.

<sup>705</sup> Art. 51, § 1, 2<sup>ème</sup> phrase.

<sup>706</sup> Art. 51, § 2.

<sup>707</sup> Art. 52.

<sup>708</sup> Art. 54.

<sup>709</sup> Art. 55.

Cela signifie de manière logique qu'aucune action relative à la filiation n'est ouverte aux donneurs de gamètes et ne peut être intentée à son encontre<sup>710</sup>.

Quant au donneur de gamètes, il bénéficie de nombreuses garanties. Ainsi, en premier lieu, son anonymat est protégé sauf en cas d'accord entre ce dernier et le receveur<sup>711</sup>. En deuxième lieu, il doit être informé « *loyalement sur la procédure de prélèvement et sur les conséquences de cette affectation* »<sup>712</sup>. En troisième lieu, l'affectation de gamètes à un programme de don de gamètes doit être expressément indiquée dans la une convention conclue entre le donneur et le centre de fécondation consulté<sup>713</sup>.

Le centre de fécondation est enfin, selon l'article 64, tenu de collecter pour chaque donneur de gamètes des éléments essentiels :

- « 1° *les informations médicales relatives au donneur de gamètes, susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître ;*
- 2° *les caractéristiques physiques du donneur de gamètes ;*
- 3° *les informations nécessaires à l'application de la présente loi* ».

L'article 15 vise le cas particulier de l'implantation d'embryons *post mortem*. Il est possible d'y procéder « *dans l'hypothèse où les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur* ». De plus, leur volonté doit avoir été formalisée dans la convention conclue avec le centre de fécondation. Des limites temporelles sont fixées à l'article 16. L'implantation *post mortem* ne peut être effectuée « *qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès dudit auteur* ». L'alinéa 2 précise que cette disposition est impérative.

Même si les textes ne sont pas aussi clairs qu'en droit espagnol, aucune exigence ne semble exister quant à l'état matrimonial ou quant à l'orientation sexuelle des personnes concernées.

Le **droit suisse** consacre quant à lui une approche restrictive de la procréation médicalement assistée. Une loi est à nouveau spécialement consacrée à cette question. Il s'agit de la loi du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée. L'article 2 définit la notion de procréation médicalement assistée qui recouvre « *les méthodes permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination, la fécondation in vitro avec transfert d'embryons et le transfert de gamètes* ».

L'article 3 énonce une première directive générale selon laquelle « *la procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant* ». Selon son alinéa 2, seuls des couples peuvent y avoir recours. Une personne seule ne peut donc pas prétendre à l'utilisation de cette technique. De plus, tous les couples ne sont pas concernés. Elle est réservée aux couples « *à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi* » et « *qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité* ». Les couples homosexuels sont donc exclus par la première condition, le droit suisse ne permettant pas d'établir une filiation à leur égard.

---

<sup>710</sup> Art. 56.

<sup>711</sup> Art. 57.

<sup>712</sup> Art. 58.

<sup>713</sup> Art. 59.

Les mêmes restrictions apparaissent quant au don de sperme. En effet, seul un couple marié peut y recourir<sup>714</sup>. Le mariage homosexuel n'existant pas en droit suisse, de tels couples sont donc à nouveau exclus. La réglementation est détaillée aux articles 18 et suivants de la même loi.

Quant aux donneurs, ils doivent être choisis « *avec soin selon des critères médicaux, à l'exclusion de tout autre critère ; en particulier, tout risque pour la santé de la femme qui reçoit le sperme doit être écarté autant que possible* ». De plus, un homme « *ne peut donner son sperme qu'à un seul centre ; il doit en être expressément informé avant le don* »<sup>715</sup>. Son sperme « *peut être utilisé uniquement pour la procréation médicalement assistée et aux fins auxquelles le donneur a consenti par écrit* »<sup>716</sup>. Enfin, aucun lien de parenté ne doit exister entre les personnes dont proviennent les gamètes<sup>717</sup>.

Le don est nécessairement gratuit<sup>718</sup> et le sperme ne peut être cédé qu'à un médecin titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée<sup>719</sup>.

L'utilisation du sperme est réglementée à l'article 22. Il est ainsi interdit d'utiliser du sperme provenant de plusieurs donneurs durant le même cycle. Le sperme d'un même donneur ne peut quant à lui être utilisé que pour la procréation de huit enfants au plus.

L'enfant ainsi conçu « *ne peut pas contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère* ». L'action en désaveu du mari est quant à elle soumise aux règles classiques du Code civil<sup>720</sup>. L'action en paternité contre le donneur est par principe exclue. Elle n'est possible que dans une situation : lorsque « *le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession* »<sup>721</sup>.

Les données relatives au donneur font également l'objet d'une réglementation détaillée. Ainsi, la personne qui conserve ou utilise du sperme provenant de dons doit les consigner « *de manière sûre* »<sup>722</sup>.

Les données relatives aux donneurs qui doivent être consignées font l'objet d'une énumération :

- a. nom et prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession et formation ;*
- b. date du don de sperme ;*
- c. résultats des examens médicaux ;*
- d. renseignements sur l'aspect physique* »<sup>723</sup>.

Des données relatives à la femme bénéficiaire du don ainsi qu'à son mari doivent également être consignées :

- a. nom et prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité;*

---

<sup>714</sup> Art. 3, al.3.

<sup>715</sup> Art. 19.

<sup>716</sup> Art. 18.

<sup>717</sup> Art. 22, al.3.

<sup>718</sup> Art. 21.

<sup>719</sup> Art. 20.

<sup>720</sup> Art. 23, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>721</sup> Art. 23, al.2.

<sup>722</sup> Art. 23 et art. 24.

<sup>723</sup> Art. 24, al. 2.

*b. date de l'utilisation du sperme »<sup>724</sup>.*

Le médecin qui a procédé à la procréation médicalement assistée doit, immédiatement après la naissance de l'enfant, transmettre ces données à l'Office fédéral de l'état civil<sup>725</sup>. Ce dernier doit les conserver pendant 80 ans<sup>726</sup>.

A dix-huit ans révolus, l'enfant a la possibilité d'obtenir de l'office certaines données relatives au donneur, plus précisément celles portant sur son identité et son aspect physique<sup>727</sup>. Il ne peut obtenir les données complètes que s'il démontre un intérêt légitime et ce à tout âge<sup>728</sup>. L'intérêt du donneur est également pris en compte. En effet, avant toute communication des données relatives à son identité, l'Office doit l'en informer. S'il refuse de rencontrer l'enfant, ce dernier doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l'enfant maintient toutefois sa demande, les données lui sont alors communiquées<sup>729</sup>.

Le don d'ovules est quant à lui prohibé par l'article 4 de la même loi. De plus, le texte précise expressément qu'il est « *interdit d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après sa mort* »<sup>730</sup>. L'article 37 de la loi précise que sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende de cent mille francs au plus quiconque utilise intentionnellement les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après son décès.

En **droit brésilien**, le Code civil fait lui-même référence à la procréation médicalement assistée. En effet, selon l'article 1597 du Code civil de 2002 les enfants sont considérés comme étant conçus pendant la durée du mariage, s'ils ont été conçus « *par insémination artificielle homologue, même après la mort du mari* », s'ils sont nés à n'importe quel moment « *s'il s'agit d'embryons surnuméraires, résultant de conception artificielle homologue* », ou s'ils ont été conçus « *par insémination artificielle hétérologue, avec l'autorisation du mari* ».

La réglementation détaillée figure quant à elle dans la Résolution n° 2.121/2015 du Conseil National de l'Ordre des Médecins sur les normes éthiques pour l'utilisation de techniques de reproduction assistée datant du 24 septembre 2015. Les principes généraux sont énoncés au point I.

- Les techniques de procréation médicalement assistée ont un rôle auxiliaire dans la résolution des problèmes de reproduction humaine, en facilitant le processus de procréation ;
- Elles peuvent être utilisées dès lors qu'il y a une probabilité de succès et que les patients ou le futur enfant n'encourent pas un risque grave pour leur santé ou leur vie ;
- L'âge pour les candidates à la procréation médicalement assistée ne peut dépasser 50 ans, sauf avis favorable du médecin responsable du traitement ;

---

<sup>724</sup> Art. 24, al. 3.

<sup>725</sup> Art. 25, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>726</sup> Art. 26.

<sup>727</sup> Art. 27, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>728</sup> Art. 27, al. 2.

<sup>729</sup> Art. 27, al. 3.

<sup>730</sup> Art. 3, al. 4.



- La patiente devra être informée et éclairée quant aux risques du traitement ;
- Un consentement libre et éclairé est exigé des patients et un devoir d'information ample et approfondi s'impose aux médecins et cliniques de procréation médicalement assistée ;
- Les techniques de procréation médicalement assistée ne peuvent pas être appliquées pour sélectionner le sexe ou une quelconque autre caractéristique biologique du futur enfant, sauf lorsqu'il s'agit d'éviter des maladies ;
- La fécondation d'ovocytes humains pour d'autres buts que la procréation humaine est interdite ;
- Le nombre d'ovocytes et d'embryons pouvant être transférés à la réceptrice ne peut être supérieur à quatre, en observant les échelles suivantes :
  - Pour les femmes jusqu'à trente-cinq ans : deux embryons ;
  - Pour les femmes entre trente-six et trente-neuf ans : jusqu'à trois embryons ;
  - Pour les femmes de quarante ans ou plus : jusqu'à quatre embryons.

Il est essentiel de relever que la Résolution ne prévoit aucune distinction quant à la situation matrimoniale des bénéficiaires. La procréation médicalement assistée est donc ouverte aux personnes seules et aux couples homosexuels. Le n°2 du Point II de la Résolution prévoit tout de même que face à une personne célibataire, le médecin bénéficie d'un droit d'objection à la procréation médicalement assistée pour des raisons de conscience.

Le n° 3 du Point II précise expressément qu'en présence d'un couple féminin, la « *gestation partagée* » (hypothèse de transfert ultérieur d'un embryon généré à partir de l'ovule de l'une des partenaires à l'utérus de l'autre) est autorisée et ce même lorsqu'il n'y a pas d'infertilité.

Le don de sperme et d'ovule est également régi par la même Résolution au Point IV. Certains principes essentiels, largement partagés dans les différents ordres juridiques étudiés y sont consacrés. Ainsi, le don ne peut avoir un but lucratif ou commercial. Les donneurs ne doivent pas connaître l'identité des receveurs et inversement. Un âge limite pour les donneurs est fixé. Il est de trente-cinq ans pour les femmes et de cinquante ans pour les hommes.

De même, les cliniques, les centres ou les services où le don a lieu doivent tenir un registre permanent contenant les données cliniques de caractère général, les caractéristiques phénotypiques et un échantillon du matériel cellulaire des donateurs.

Une volonté de limitation apparaît aussi. En effet, dans la région de l'unité dans laquelle le don a été effectué, le registre de l'état civil doit éviter qu'un donateur ait produit plus de deux gestations d'enfants de sexes opposés dans un territoire d'un million d'habitants.

Enfin, le choix des donneurs est de la responsabilité du médecin assistant qui doit assurer, dans la mesure du possible, la compatibilité et la plus grande similitude phénotypique avec la réceptrice. Une précision est plus originale bien que logique. Le personnel médical ne peut être donateur dans les programmes de procréation médicalement assistée.

Pour finir, il convient de préciser que, selon le Point VIII de cette Résolution, la reproduction assistée *post mortem* est admise à condition que le défunt ayant laissé un matériel biologique congelé y ait consenti. Les juges du fond admettent que l'existence du consentement peut être prouvée par tous les moyens, y compris par témoin.

**Au Royaume-Uni**, le régime est assez libéral. Comme dans les autres systèmes, seules les cliniques auxquelles a été délivré un agrément par l'Autorité pour la Fertilisation et l'Embryologie humaine peuvent conserver et utiliser des gamètes. Cependant, il n'y a aucune restriction en ce qui concerne les personnes admises à faire un don de gamètes. Ces gamètes peuvent être utilisés par les personnes dont ils proviennent, ou faire l'objet d'un don au profit d'autres individus ou de couples tiers.

Après une consultation publique menée de janvier à avril 2011, l'Autorité a décidé d'une nouvelle politique à propos de la rémunération des donneurs. Elle peut s'élever jusqu'à sept-cent cinquante *Livres sterling* pour les femmes qui font un don d'ovules et jusqu'à trente-cinq *Livres sterling* pour les hommes qui font un don de sperme.

Des limites existent cependant.

En premier lieu, au niveau pratique, la question du financement se pose. Un financement public est prévu. Le *National Institute for Health Care Excellence* est compétent pour décider de l'éligibilité du projet. Si un individu ou un couple n'est pas éligible au programme de financement public, il est possible de se diriger vers une clinique privée. Les intéressés doivent alors en supporter les charges financières de manière pleine et entière.

En deuxième lieu, l'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990* interdit toute une série de pratiques, sauf si elles sont effectuées en application d'un agrément. Il en va ainsi, par exemple, de l'utilisation, lors du traitement d'une femme, des ovules de toute autre femme. De même, le mélange de gamètes humains avec ceux d'un animal est prohibé. De manière plus générale, il est également précisé qu'un agrément ne saurait autoriser la conservation ou l'utilisation des gamètes dans toute situation dans lesquelles les règles de droit les prohibent.

En troisième lieu, selon le même texte<sup>731</sup>, le consentement à l'utilisation de tout embryon doit spécifier une ou plusieurs des finalités limitativement énumérées par le texte : traitement de la personne ayant donné son consentement, ou de cette personne et d'une autre personne spécifiquement désignées ensemble, traitement d'une personne autre que celle ayant donné son consentement ou utilisation aux fins de recherches. De plus, la personne qui consent peut spécifier les conditions dans lesquelles l'embryon peut être utilisé.

L'*Human Fertilisation and Embryology Act 2008* comporte des solutions particulières en cas de décès du donneur. Ainsi, en cas de stockage de sperme, d'ovules ou d'embryons, les personnes qui consentent doivent indiquer ce qu'il conviendra de faire en cas de décès ou d'incapacité<sup>732</sup>. L'accent est donc mis sur la volonté des personnes elles-mêmes. De même, tout consentement doit indiquer la période maximale de conservation<sup>733</sup>. Il est toutefois précisé que le consentement à l'utilisation des cellules d'une personne humaine dans le but de créer *in vitro* un embryon humain ou un embryon mélangé humain-animal inclut sauf stipulation expresse contraire, le consentement à l'utilisation des dites cellules après le décès de la personne<sup>734</sup>.

---

<sup>731</sup> *Schedule 3, Section 2 (1)*.

<sup>732</sup> *Schedule 3, Section 2 (2) b*.

<sup>733</sup> *Schedule 3, Section 2 (2) a*.

<sup>734</sup> *Schedule 3, Section 2 (2A)*.

Quant à l'établissement de la filiation, en cas d'utilisation du sperme d'un homme après son décès, ou si un embryon crée avec son sperme a été utilisé après sa mort, il ne peut être désigné comme le père de l'enfant<sup>735</sup>.

Toutefois, l'article 39 permet de déroger à ce principe. Le régime juridique est strict. La filiation peut être établie si l'homme a consenti à l'utilisation de son sperme après sa mort laquelle a abouti à la création d'un embryon porté par une femme ou le cas échéant à l'implantation dans la femme après sa mort d'un embryon qui a été conçu en utilisant son sperme avant son décès. Il doit également avoir consenti à être considéré comme le père de l'enfant. Il faut de plus que la femme choisisse de le désigner comme père avant l'expiration d'une période de quarante-deux jours à compter de la naissance de l'enfant et que personne d'autre ne soit à considérer comme père de l'enfant.

L'article 40 § 1 prévoit une situation différente. L'embryon a été transféré après le décès de l'homme qui n'était pas le donneur de sperme mais il a été créé à l'époque où la mère était mariée à son mari. Si ce dernier a consenti à l'implantation de l'embryon chez sa femme après son décès et au fait d'être considéré comme le père de l'enfant, il sera désigné comme tel si la femme l'a choisi, à nouveau dans le délai de quarante-deux jours à compter de la date à laquelle l'enfant est né, si personne d'autre n'est à considérer comme le père de l'enfant.

Une telle possibilité est également prévue par l'article 40 § 2 alors que la femme n'était pas mariée ou engagée dans un partenariat au moment où l'embryon a été créé.

En **droit portugais**, la loi du 20 juin 2016<sup>736</sup> a étendu le champ des personnes qui peuvent recourir aux techniques de la procréation médicalement assistée. Sont désormais visés les couples, de sexe différent ou homosexuels féminins, mariés ou qui vivent dans des conditions analogues aux conjoints ainsi que toutes les femmes indépendamment de leur état civil et de leur orientation sexuelle<sup>737</sup>. Il n'y a donc pas de restriction aux seules personnes mariées, les personnes vivant en union de fait et les femmes célibataires ayant également la possibilité de recourir à cette technique.

L'article 10 de la même loi précise les cas dans lesquels la procréation médicalement assistée est possible. Il dispose ainsi que l'utilisation d'ovocytes, de sperme ou d'embryons donnés par des tiers est autorisée si, au regard des connaissances médico scientifiques objectivement disponibles, il n'est pas possible de parvenir à une grossesse ou à une grossesse sans maladie génétique grave. L'article 19 ajoute encore que l'insémination avec le sperme d'un donneur est autorisée s'il est impossible de parvenir à une grossesse par un autre moyen.

Quant aux liens de filiation, l'article 20 de la loi de 2016 dispose que l'enfant né du recours à la procréation médicalement assistée sera également considéré comme étant celui de la personne qui a consenti au recours à cette technique avec le bénéficiaire, c'est-à-dire avec qui elle est mariée ou unie.

L'article 22-3 de la loi du 26 juillet 2006<sup>738</sup> n'a pas été modifié par la loi de 2016. Il dispose toujours que « *le transfert post mortem d'embryon est licite pour permettre la réalisation d'un*

---

<sup>735</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, section 41.

<sup>736</sup> L. n° 17/2016.

<sup>737</sup> Art. 6, L. n° 17/2016.

<sup>738</sup> L. n° 32/2006.

*projet parental clairement établi par écrit avant le décès du père, sous réserve du respect du délai ajusté à la convenable réflexion de la décision* ». L'insémination *post mortem* est quant à elle prohibée.

## § 2. La particularité luxembourgeoise

Le **droit luxembourgeois** ne prévoit quant à lui pas de dispositions concernant la procréation médicalement assistée, à l'exception de la seule évocation de l'insémination artificielle, par l'article 312, alinéa 3 du Code civil, relatif au désaveu de paternité. Cet article dispose que « *le désaveu n'est cependant pas recevable s'il est établi, par tous moyens de preuve, que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle, soit des œuvres du mari, soit des œuvres d'un tiers du consentement écrit du mari* ». Ainsi, comme le souligne la Commission Nationale d'Éthique du Grand-Duché de Luxembourg, les techniques de procréation médicalement assistée « *ne sont donc pas visées par des normes législatives qui en fixeraient les conditions d'accès, délimiteraient les techniques auxquelles le recours est autorisé ou réglementeraient les procédures ou critères scientifiques, psychologiques, médicaux ou sanitaires s'imposant à la mise en œuvre des techniques. [...] Les conditions d'accès ainsi que les techniques et leurs critères d'utilisation sont définies par la pratique, qui a induit la constitution de comités scientifiques ou éthiques regroupant des professionnels du secteur de santé et qui prennent des décisions au cas par cas* »<sup>739</sup>.

Même en l'absence de dispositions légales ou réglementaires concernant la procréation médicalement assistée, celle-ci se pratique au Luxembourg, notamment au sein du Centre Hospitalier de Luxembourg.

Toutefois, afin de faire cesser le vide juridique actuel, plusieurs institutions nationales recommandent de légiférer sur ce point et de réglementer les pratiques en la matière. Il en est ainsi, notamment, du Comité Luxembourgeois des Droits de l'Enfant<sup>740</sup>, ou encore de la Commission Nationale d'Éthique<sup>741</sup> et de la Commission Consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg<sup>742</sup>.

En outre, le projet de loi n°6568 portant réforme du droit de la filiation<sup>743</sup> déposé le 25 avril 2013 devant la Chambre des Députés et toujours, actuellement, en cours de travaux parlementaires, prévoit d'introduire, dans le Code civil luxembourgeois, une nouvelle section spéciale, consacrée à l'assistance médicale à la procréation. Cette section comporterait trois dispositions, inspirées des articles 311-19 et 311-20 du Code civil français.

Un autre texte, également en cours de travaux parlementaires, porte spécifiquement sur la procréation médicalement assistée. Il s'agit de la proposition de loi n° 6797 relative à

---

<sup>739</sup> V. Commission Nationale d'Éthique, Avis 26, « *PMA, GPA, accouchement anonyme : autant de défis éthiques pour la société* », pp. 11 et 12.

<sup>740</sup> V. Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK), « *Rapport 2012 au Gouvernement et à la Chambre des Députés* », p. 5.

<sup>741</sup> V. Commission Nationale d'Éthique, Avis 26, préc., p. 15.

<sup>742</sup> V. Commission Consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg, Avis 03/2015 sur le projet de loi 6568 portant réforme du droit de la filiation et la proposition de loi 5553 portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, p. 3.

<sup>743</sup> [http://www.chd.lu/wps/PA\\_RoleEtenduEuro/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexpdata/Mag/114/280/121739.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_RoleEtenduEuro/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexpdata/Mag/114/280/121739.pdf)

l'assistance médicale à la procréation<sup>744</sup>, déposée le 24 mars 2015 devant la Chambre des Députés du Grand-Duché de Luxembourg.

Cette proposition de loi repose sur des considérations distinctes de celles retenues dans le cadre du projet de loi n° 6568 précité<sup>745</sup>. En conséquence, elle comporte des dispositions différentes, relativement à la procréation médicalement assistée. En particulier, en l'état actuel des travaux parlementaires, l'article 2 de la proposition de loi n° 6797 prévoit d'interdire la procréation pour autrui. De plus, l'article 3 du texte vise à limiter le recours à l'assistance médicale à la procréation.

En effet, cette dernière ne serait possible, selon l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> de la proposition de loi, que pour « *remédier à l'infertilité d'un couple de sexe différent ou d'éviter la transmission d'une maladie grave et incurable* ». Le recours serait également réservé au couple marié de sexe différent<sup>746</sup>. De nombreuses conditions de procédure sont également prévues par l'article 6 de la proposition de loi.

Le droit luxembourgeois ne prévoit pas non plus de dispositions concernant le don de sperme et d'ovule. Malgré ce vide législatif, des établissements hospitaliers luxembourgeois pratiquent l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes<sup>747</sup>. En outre, relativement au don de sperme et d'ovule, la Commission Nationale d'Éthique du Grand-Duché de Luxembourg a émis un certain nombre de recommandations.

Il convient ainsi selon elle, en premier lieu, « *de déterminer un statut juridique pour les banques de gamètes et d'embryons comportant en particulier les conditions pour établir et gérer ce type d'établissement* ». En deuxième lieu, « *les droits et obligations des banques de gamètes et d'embryons par rapport aux pouvoirs publics, aux donneurs et bénéficiaires de dons et des établissements hospitaliers autorisés à procéder à des actes de P.M.A.* » devraient être précisés. En troisième lieu, « *la gratuité des dons de gamètes* » est préconisée. En dernier lieu, la Commission propose de « *préserver l'anonymat des donneurs et la confidentialité des informations les concernant, d'un côté, et le respect du droit des enfants à la vérité biologique, de l'autre* »<sup>748</sup>.

Il faut toutefois de préciser que la proposition de loi n°6797, considérant que « *[l]e don de gamètes [...] suscite des difficultés multiples qui ne peuvent être justifiées par le but, légitime en soi, d'avoir un enfant, but qui ne peut être atteint à n'importe quel prix, surtout lorsque le prix est payé en premier lieu par l'enfant* »<sup>749</sup>, vise à interdire une telle pratique<sup>750</sup>).

Le droit luxembourgeois ne prévoit pas non plus, à l'heure actuelle, de dispositions concernant le transfert d'embryon *post mortem*.

Sur ce point, la Commission Nationale d'Éthique du Grand-Duché de Luxembourg a recommandé « *d'exclure, par une disposition légale l'insémination post mortem et le transfert*

---

<sup>744</sup><http://www.chd.lu/wps/portal/public/RoleEtendu?action=doDocpaDetails&backto=/wps/portal/public&id=6797#>

<sup>745</sup> Voir sur ce point : Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Exposé des motifs, pp. 1-3.

<sup>746</sup> Art. 3, al. 2 et 3 de la proposition de loi.

<sup>747</sup> V. Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Commentaire des articles, p. 14.

<sup>748</sup> V. Commission Nationale d'Éthique, Avis 2001.1, « *La procréation médicalement assistée* », p. 106.

<sup>749</sup> V. Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Commentaire des articles, p. 12.

<sup>750</sup> Art. 4 de la proposition.

*d'embryons post mortem* »<sup>751</sup>. De plus, considérant que l'intérêt de l'enfant fait obstacle à la procréation *post mortem*, car l'insémination artificielle *post mortem* ou la conception d'un embryon *post mortem* « *reviendrait à concevoir délibérément un orphelin* »<sup>752</sup>, la proposition de loi n°6797 vise à interdire une telle pratique<sup>753</sup>.

## **Section II. La gestation pour le compte d'autrui**

Sans surprise à propos d'un sujet aussi polémique, un clivage net apparaît. Certains systèmes prohibent les maternités de substitution (Espagne, Allemagne, Suisse, Luxembourg, Belgique, Guinée) (§ 1). D'autres, au contraire, l'autorisent en instaurant toutefois une réglementation stricte (Russie, Grèce, Royaume-Uni, Portugal, Brésil) (§ 2). La distinction se trouble cependant pour la réception des jugements ou actes étrangers relatifs à ce type de maternité. En effet, les droits prohibitifs au niveau interne ne le sont pas forcément en cas d'extranéité du rapport de droit et sont susceptibles de laisser produire effet sur leur territoire à des actes étrangers consacrant le recours à une telle technique (§ 3).

### **§ 1. La prohibition des conventions**

Plusieurs États parmi ceux étudiés ont adopté des normes particulières fondant la prohibition et par conséquent la nullité des conventions de maternité de substitution (Espagne, Allemagne, Suisse) (A).

D'autres systèmes juridiques n'ont pas consacré de norme spécifique à la question. L'interdiction résulte alors de l'interprétation de dispositions générales (Luxembourg, Belgique, Guinée) (B).

#### **A. L'interdiction fondée sur des dispositions spécifiques**

En **droit espagnol**, la loi n°14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée est pertinente<sup>754</sup>. La prohibition est énoncée à l'article 10. La gestation pour autrui est précisément ciblée. Une définition est donnée mais ne vise que la fin de l'opération. En effet, selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 10, « *est nulle de plein droit la convention de gestation par laquelle la femme renonce à sa maternité en faveur de l'autre partie ou d'une tierce personne* ».

Selon l'alinéa 2, la filiation d'enfants nés grâce à la gestation pour autrui reste déterminée par la seule naissance. Par conséquent, la mère d'intention est exclue au profit de la seule mère porteuse. Quant au père biologique, son action est soumise aux règles générales, en vertu de l'alinéa 3 du même texte.

Des sanctions pénales sont prévues aux articles 26 et 27 mais ne visent que les auteurs d'actes médicaux opérés en violation de la loi. La mère porteuse et les parents d'intention ne sont pas passibles des peines prévues par le législateur.

---

<sup>751</sup> V. Commission Nationale d'Éthique, Avis 2001.1, « *La procréation médicalement assistée* », p. 108.

<sup>752</sup> V. Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Commentaire des articles, p. 11.

<sup>753</sup> Art. 3, al. 3, du texte.

<sup>754</sup> *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, entrée en vigueur le 28 mai 2006.

Le **droit allemand** semble le plus précis et détaillé quant à la définition des actes prohibés. Les dispositions pertinentes figurent dans la loi, de nature pénale, sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990<sup>755</sup>. L'expression « *maternité de substitution* » englobe deux situations. La première est celle d'une femme portant l'enfant conçu par fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple commanditaire, ou avec le sperme d'un des membres du couple et l'ovocyte d'une donneuse étrangère au couple. La seconde vise le cas de la femme qui assume la gestation d'un enfant conçu par insémination artificielle ou fécondation *in vitro* réalisée avec l'un de ses ovocytes et le sperme de l'homme ayant commandé l'enfant.

Le législateur allemand, dans la même loi, prévoit des peines sévères, pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement, pour les praticiens coupables d'avoir procédé à une opération de gestation. En revanche, comme en droit espagnol, la mère porteuse et les parents d'intention n'encourent aucune sanction<sup>756</sup>.

Dans l'hypothèse où une convention de maternité pour autrui serait conclue en violation de la loi, l'enfant aurait pour mère légale la mère porteuse et non la mère d'intention conformément à l'article 1591 du *BGB* qui répute mère légale la femme ayant accouché de l'enfant. Il s'agit d'une disposition d'ordre public. La solution est applicable sans distinction liée à l'origine de l'ovule, qu'il s'agisse de celui de la mère porteuse ou de la mère d'intention, puisque c'est l'accouchement qui détermine seul la mère légale. De plus, il n'existe ni procédure spécifique pour établir si un enfant a été mis au monde par une mère porteuse, ni action en contestation de la maternité.

Quant à la paternité légale, elle est fondée sur le mariage avec la mère à la date de la naissance<sup>757</sup> ou sur une reconnaissance paternelle<sup>758</sup> ou encore sur une décision judiciaire<sup>759</sup>. Le père d'intention dont le sperme a été utilisé pour concevoir l'enfant ne peut le reconnaître qu'à trois conditions : la mère n'est pas mariée, elle est effectivement désignée en tant que mère dans l'acte de naissance et elle a consenti à la reconnaissance de paternité.

La paternité biologique ne pourrait jouer un rôle que dans les hypothèses de paternité concurrentes, c'est-à-dire lorsque plusieurs hommes pourraient être considérés comme étant père en vertu de différentes lois désignées par l'article 19 *EGBGB*, règle de conflit de lois en matière de filiation. En présence d'une telle situation, au regard des règles générales relatives au droit de la personnalité de l'enfant qui englobe également le droit de connaître sa filiation, la possibilité pourrait être envisagée d'accorder la priorité au père biologique probable afin de tenir compte de la réalité de la filiation.

Le **droit suisse** présente la particularité de prévoir l'interdiction de la maternité de substitution non pas dans une loi mais à l'article 119 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1er janvier 2000. Les termes employés sont généraux. En effet, le texte dispose que « *l'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique. La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité*

---

<sup>755</sup> Gesetz zum Schutz von Embryonen, Embryonenschutzgesetz - ESchG, entrée en vigueur en 1991.

<sup>756</sup> §1, al. 1 et 3, n° 2 Embryonenschutzgesetz.

<sup>757</sup> Art. 1592, n° 1, BGB.

<sup>758</sup> Art. 1592, n° 2, BGB.

<sup>759</sup> Art. 1592, n° 3, BGB.

*humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants (...) d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits (...) ».*

Le régime juridique détaillé figure dans la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, entrée en vigueur le 1er janvier 2001. L'article 2 énonce les définitions essentielles. Selon le a), la procréation médicalement assistée vise « *les méthodes permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination, la fécondation in vitro avec transfert d'embryons et le transfert de gamètes* ». Le k) dispose quant à lui que la mère de substitution est « *une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement* ».

L'article 4 de cette même loi prévoit de manière générale que « *le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits* ». Quant aux sanctions pénales, elles sont prévues à l'article 31 qui ne vise là encore que les personnes qui appliquent une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution et celles qui servent d'intermédiaire à une maternité de substitution.

## **B. L'interdiction fondée sur l'interprétation de dispositions générales**

Le **droit luxembourgeois** ne prévoit pas de dispositions spécifiques portant sur les maternités de substitution. Ainsi, selon la réponse commune de M. François Biltgen, Ministre de la Justice et de M. Mars Di Bartolomeo, Ministre de la Santé en date du 8 avril 2013, à la question parlementaire n° 2589<sup>760</sup>, « *le Luxembourg fait partie du groupe d'Etats où la gestation pour autrui n'est pas réglementée. Bien que non expressément interdite, les conventions de maternité de substitution sont a priori nulles et sans effet, et ce en vertu du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». La prohibition des conventions de maternité pour autrui résulte par conséquent à l'heure actuelle de la conception nationale de l'ordre public.

Le droit positif ne permet pas d'écarter une maternité de substitution par le jeu des règles relatives à la preuve de la filiation maternelle, qu'elle soit légitime ou naturelle. En effet, la preuve de la filiation maternelle peut résulter de la possession d'état, définie par l'article 334 du Code civil comme « *une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre un individu et la mère prétendue* ». A défaut de possession d'état, l'article 323 du Code civil admet même la preuve de la filiation par témoins. Il convient toutefois de relever que selon l'article 322-2 du Code civil, s'il est allégué qu'il y a eu supposition d'enfant, ou substitution, même involontaire, soit avant, soit après la rédaction de l'acte de naissance, la preuve en sera recevable et pourra se faire par tous moyens. Il s'agit donc d'une disposition qui, bien que non spécifique, pourrait être invoquée pour démontrer que les conventions de maternité de substitution sont illicites et heurtent l'ordre public luxembourgeois, en l'absence de jurisprudence pertinente.

Le projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation<sup>761</sup>, déposé le 25 avril 2013 devant

---

<sup>760</sup> V. Chambre des Députés, Grand-Duché de Luxembourg, Compte rendu des séances publiques n° 8, Session ordinaire, 2012-2013, Q120.  
[http://www.chd.lu/wps/PA\\_Archive/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1180685&fn=1180685.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_Archive/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1180685&fn=1180685.pdf)

<sup>761</sup>[http://www.chd.lu/wps/PA\\_RoleEtenduEuro/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexdpata/Mag/114/280/121739.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_RoleEtenduEuro/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexdpata/Mag/114/280/121739.pdf)



la Chambre des Députés et toujours, actuellement, en cours de travaux parlementaires, prévoit d'interdire expressément, dans la loi luxembourgeoise, la pratique de la gestation pour autrui. Le droit français sert de référence en la matière.

L'exposé des motifs du texte indique explicitement que « [...] *la gestation pour autrui doit demeurer une pratique interdite, au vu des difficultés rencontrées par les enfants nés d'une gestation pour autrui et surtout au vu du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes dans notre droit. Ainsi, au vu du Programme Gouvernemental de 2009, de l'avis de 2001 de la Commission Nationale d'Ethique, il est proposé d'interdire formellement les conventions de gestation pour autrui et de prévoir des sanctions pénales en cas de non-respect, en s'inspirant en partie des dispositions françaises (art. 16-7 Code Civil et art. 227-12 al. 3 et 4 Code pénal)* »<sup>762</sup>. Il est donc admis que la prohibition existe déjà mais qu'elle doit désormais être exprimée de manière expresse.

Concrètement, plusieurs modifications du Code civil et du Code pénal visant, d'une part, à interdire et, d'autre part, à sanctionner la pratique de la gestation pour autrui sont prévues par le projet de loi.

Tout d'abord, l'article 6 du Code civil, identique à l'article 6 du Code civil français, et qui dispose actuellement, qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » serait complété par un second alinéa, libellé de la façon suivante : « *Toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

D'après le commentaire des articles du projet de loi, l'objectif est « *d'interdire explicitement la gestation pour autrui. Actuellement la gestation pour autrui n'est pas réglementée par la loi. Bien que non expressément interdite par la loi, les conventions de gestation pour autrui sont a priori nulles et sans effet, et ce en vertu du principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* ». La prohibition en droit positif sur le fondement des règles générales est ainsi confirmée de manière expresse. Le droit comparé est ensuite invoqué à l'appui du raisonnement. En effet, selon le même commentaire, « *[e]n s'inspirant de l'article 16-7 du Code civil français, il est proposé que cette interdiction soit confirmée par la loi. Considérant que la pratique des conventions de maternité de substitution est incompatible avec la dignité de la mère porteuse et les intérêts de l'enfant, le Gouvernement partage des doutes exprimés par la Commission Nationale d'Éthique dans son avis de 2001 et ceux des États ayant récemment légiféré en la matière* »<sup>763</sup>.

Ensuite, le projet de loi prévoit d'insérer un nouvel article 391 *quater* dans le Code pénal. Cet article serait libellé comme suit : « *Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 euros à 12.500 euros le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines seront portées au double. La tentative des infractions prévues à l'alinéa précédent du présent article sera punie des mêmes peines* ». Le commentaire des articles du texte souligne que « *cette disposition est inspirée de l'article 227-12 alinéas 3 et 4 du Code pénal français. Il est proposé de sanctionner pénalement le non-respect du nouvel article 6 alinéa 2 du Code civil interdisant expressément la gestation pour autrui* »<sup>764</sup>.

---

<sup>762</sup> V. Projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation, *Exposé des motifs – Considérations générales*, p. 13.

<sup>763</sup> V. Projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation, *Commentaire des articles*, p. 36.

<sup>764</sup> V. Projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation, *Commentaire des articles*, p. 18.

Enfin, le commentaire des articles évoque encore la gestation pour autrui à deux reprises. D'une part, relativement aux preuves et présomptions de la filiation, il indique que le caractère équivoque de la possession d'état peut notamment résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi et qu'« *il peut en être ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui* »<sup>765</sup>. Il précise, d'autre part, à propos des actions en contestation de la filiation, que « *la supposition d'enfant implique que la mère légale n'a pas accouché de l'enfant qui lui est attribué, ce qui peut se rencontrer notamment en cas de gestation pour le compte d'autrui* »<sup>766</sup>.

Le **droit belge** ne comporte pas non plus de prohibition expresse de la maternité de substitution. Toutefois, l'article 6 du Code civil, identique à celui figurant dans les Codes civils français et luxembourgeois, interdit de déroger par convention privée aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. L'article 1128 du Code civil prévoit quant à lui que seules les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent faire l'objet d'une convention, ce qui n'est pas le cas des gamètes, des embryons ou des fonctions reproductives d'une femme. Ainsi, la Cour d'appel de Gand a jugé qu'au travers des règles existantes, le législateur n'entendait pas permettre la commande d'un enfant à une mère porteuse<sup>767</sup>.

La solution mérite cependant d'être nuancée. Certains jugements admettent en effet le recours à l'adoption en présence d'une maternité de substitution. Le Tribunal de première instance de Turnhout a ainsi jugé que si la mère porteuse ne percevait aucun gain, la convention n'était pas contraire à l'ordre public et a décidé que l'adoption par le couple commanditaire était conforme à l'intérêt de l'enfant conçu par fécondation *in vitro* avec les gamètes des deux adoptants. En l'espèce, la mère porteuse était la sœur de l'un des adoptants<sup>768</sup>. La Cour d'appel d'Anvers a tranché dans le même sens dans une affaire dans laquelle la mère porteuse était la grand-mère biologique de l'enfant<sup>769</sup>. D'autres décisions peuvent encore être citées<sup>770</sup>.

A l'instar du droit belge et du droit luxembourgeois, le **droit guinéen** ne prévoit pas non plus de dispositions législatives spécifiques consacrées à la gestation pour autrui. Le droit coutumier qui joue un rôle important dans l'ordre juridique guinéen est également silencieux sur ce point. L'article 12 du Code civil guinéen reprend également l'article 6 du Code civil français. Une convention de mère porteuse devrait dès lors être considérée comme contraire à l'ordre public guinéen.

Il convient de souligner que le projet de réforme du Code civil de mai 2016 ne comporte pas non plus de disposition relative à la gestation pour autrui.

Toutefois, il existe en Guinée une pratique sociale susceptible d'être, au moins en partie, comparée à la gestation pour autrui. Elle consiste pour une femme à céder à une autre, appartenant à la même famille et en général stérile, l'exercice de l'autorité parentale sur son

---

<sup>765</sup> Op. cit., p. 18.

<sup>766</sup> Op. cit., p. 32.

<sup>767</sup> Gand, 16 janv. 1989, T.G.R. 1989, p. 52.

<sup>768</sup> Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2001, R.W. 2001, n° 6 du 6 octobre 2001.

<sup>769</sup> Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, n°42, p. 1774.

<sup>770</sup> Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.* 1996, p.1182 et *Revue du Droit de la santé* 1997, p. 124 ; 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/23, p. 1083 ; 23 août 2012, *Act. Dr. Fam.*, 2013/5, p. 99 ; Trib. jeunesse Namur, 7 janvier 2011, *Act. Dr. Fam.*, 2013/5, p. 96.

enfant dès la naissance. Il s'agit donc d'une sorte de « don d'enfant » de la première à la seconde femme.

## § 2. La licéité et l'encadrement légal

Plusieurs systèmes consacrent la possibilité de recourir à la maternité de substitution. Les conditions posées sont à chaque fois strictes et détaillées.

Il en va ainsi en **droit russe**, La maternité de substitution a été consacrée par l'article 35 de la loi fondamentale sur la protection de la santé des citoyens du 22 juin 1993. Les effets sont quant à eux régis par deux autres textes, Code de la famille et loi relative aux actes d'état civil du 15 novembre 1997.

L'article 16 de la loi relative aux actes d'état civil vise expressément « *la naissance d'un enfant par les conjoints ayant consenti à l'implantation de l'embryon à une autre femme en vue de le porter* ».

Les couples mariés peuvent seuls y recourir. Les couples de personnes de même sexe, même mariés sont en revanche exclus, ce qui est logique puisque de telles unions ne sont pas autorisées en Russie. La mère porteuse peut être mariée ou célibataire<sup>771</sup>.

L'article 51 du Code de la famille prévoit d'accorder l'inscription des parents d'intention comme parents de l'enfant sous réserve du consentement de la femme qui l'a mis au monde. L'article 16 de la loi relative aux actes d'état civil dispose quant à lui qu'en cas de maternité de substitution, l'enregistrement par les services de l'État de la naissance d'un enfant par les conjoints qui ont consenti à l'implantation de l'embryon à une autre femme en vue de le porter « *doit être fait conjointement avec le document confirmant la naissance effective de l'enfant* ». Ce document doit être délivré par un établissement médical et doit confirmer la réception du consentement de la femme qui a mis au monde l'enfant à l'enregistrement des conjoints comme parents de l'enfant. Le consentement de la mère porteuse est donc un point essentiel. Or, le risque existe pour les parents d'intention que la mère porteuse change d'avis et ne donne pas son accord à l'enregistrement tel qu'initialement prévu. Il ne semble pas y avoir de solution à ce problème à l'heure actuelle en droit russe.

En **droit grec**, les maternités de substitution sont autorisées depuis la loi n°3089/2002 du 19 décembre 2002 portant sur l'assistance médicale à la procréation humaine. Cette loi a ajouté dans le Code civil les articles 1455 à 1460 et modifié les articles 1461 à 1484 concernant la parenté. Elle a fait l'objet d'un complément par la loi n°3305/2005 du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée, entrée en vigueur le 27 février 2005.

L'article 1458 du Code civil, qui porte spécifiquement sur la question du recours à des mères porteuses autorise le transfert dans le corps d'une autre femme et la gestation par elle d'embryons étrangers. Il est exigé par ce même texte que cette femme y soit apte au regard de son état de santé.

Selon l'article 1455 du Code civil, l'assistance médicale à la reproduction humaine n'est autorisée que « *pour faire face à l'impossibilité de procréation naturelle ou pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie grave. Cette assistance est permise jusqu'à l'âge de la*

---

<sup>771</sup> Art. 35 de la loi fondamentale sur la protection de la santé des citoyens.

*capacité naturelle de procréation de la personne assistée* ». Cette disposition est complétée par l'article 1458 du Code civil, selon lequel le recours à la gestation pour autrui n'est possible qu'en présence d'une part d'une femme désirant avoir un enfant mais pour qui cela est médicalement impossible et d'autre part d'une femme qui se prête à la gestation qui y soit apte, au vu de son état de santé.

La faculté d'avoir recours au contrat de mère porteuse est offerte à un couple, marié ou non, qui souhaite avoir un enfant ainsi qu'à une femme seule. En revanche, cette possibilité n'est en principe pas offerte aux couples homosexuels ou aux hommes seuls qui souhaitent avoir un enfant.

La procédure d'autorisation du recours à une mère porteuse est prévue par la loi n°3089/2002. La décision est rendue par application des dispositions du Code de procédure civile concernant la juridiction gracieuse. Le juge est saisi sur requête de la femme commanditaire. L'autorisation judiciaire doit être délivrée avant le transfert d'embryon. Elle est soumise à l'existence d'un accord écrit entre les personnes qui désirent avoir un enfant et la femme qui accouchera, l'accord de son conjoint étant également requis quand elle est mariée. Le consentement donné doit l'avoir été de façon libre et éclairée. Toute contrepartie pécuniaire est interdite. La seule exception porte sur le remboursement des frais de grossesse et d'accouchement, ainsi que, le cas échéant, le versement d'une indemnité correspondant aux salaires perdus par la mère porteuse durant la grossesse à concurrence d'un maximum évalué par une autorité indépendante.

Quant aux effets de cette autorisation, ils sont régis par l'article 1464 du Code civil. Dans un tel cas, est présumée mère de l'enfant la femme à laquelle a été accordée l'autorisation. Une exception au principe général *Mater semper certa est*, consacré quant à lui à l'article 1463 du Code civil, est ainsi introduite. En présence d'une gestation pour autrui, la femme bénéficiaire de l'autorisation judiciaire est réputée mère légale et sa désignation comme telle dans l'acte de naissance dès l'origine est prévue. Il s'agit cependant d'une présomption simple qui peut être renversée. Une action en contestation de la maternité peut être exercée dans un délai de six mois à partir de la naissance, soit par la mère présumée, soit par la femme gestatrice, s'il est prouvé que l'enfant est issu biologiquement de cette dernière. S'il est fait droit à l'action, l'enfant a, rétroactivement depuis sa naissance, pour mère la femme gestatrice.

Quant à la paternité du mari de la mère d'intention, elle est présumée en application du droit commun, si la naissance a eu lieu durant le mariage ou dans les trois cents jours suivant sa dissolution ou son annulation<sup>772</sup>. En présence d'un couple non marié, le concubin doit exprimer son consentement au recours à une mère porteuse par acte notarié<sup>773</sup>, ce qui vaut reconnaissance volontaire de paternité<sup>774</sup>. La filiation paternelle est ainsi inscrite dans l'acte de naissance que le couple bénéficiaire soit marié ou non.

Pour conclure, il convient de préciser que l'article 1458 n'est applicable « *qu'au cas où la femme demanderesse et la femme gestatrice ont leur domicile en Grèce* ». L'objectif est d'éviter ce qui peut être appelé le tourisme procréatif en exigeant un lien de rattachement significatif avec le territoire grec. En revanche la nationalité importe peu. Une femme de nationalité grecque, mais domiciliée à l'étranger, ne peut pas bénéficier de la loi. Inversement, une étrangère domiciliée en Grèce peut y devenir mère par le jeu d'une maternité de substitution.

---

<sup>772</sup> C. civ., art. 1465.

<sup>773</sup> C. civ., art. 1456, §1, al. B.

<sup>774</sup> C. civ., art. 1475.

Au **Royaume-Uni**, le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 avait interdit les contrats conclus à titre privé et à but lucratif entre un couple et une mère porteuse qui s'engageait à assumer la grossesse et l'accouchement moyennant une rémunération. De tels contrats étaient frappés de nullité, qu'ils aient été conclus au Royaume-Uni ou à l'étranger.

Les conventions de maternité pour autrui ont été admises et strictement réglementées par la loi du 1er novembre 1990 sur la fécondité et l'embryologie humaines<sup>775</sup>. Cette loi a elle-même été amendée par une loi de 2008<sup>776</sup>, entrée en vigueur le 6 avril 2009 et complétée par des règlements ultérieurs, puis par une loi de 2010<sup>777</sup>, entrée en vigueur le 16 avril 2010.

L'approche est particulièrement libérale pour les couples. Ainsi, le recours à la maternité de substitution est possible pour les couples mariés ou inscrits dans un partenariat civil, ou aux personnes qui vivent ensemble comme des partenaires qui « *partagent une relation familiale* », c'est-à-dire une cohabitation à long terme. Le couple peut être de sexe opposé ou de même sexe, ce qui est en cohérence avec l'autorisation du mariage de personnes de même sexe par le *Marriage Same Sex Couples Act* de 2013. Une personne seule ne peut en revanche pas recourir à la maternité de substitution.

L'enfant doit toutefois être génétiquement relié à l'un des parents d'intention, la mère ou le père. Par conséquent, un ovule de la mère porteuse peut être utilisé mais seulement si le sperme du père d'intention est utilisé.

Si les parents d'intention souhaitent devenir les parents légaux de l'enfant, il leur faut solliciter une décision parentale (*Parental Order*). Une telle demande doit être faite dans les six mois suivant la naissance de l'enfant. Ce dernier doit vivre avec ses parents d'intention. Au moment de la procédure, l'un ou les deux parents d'intention doivent être domiciliés au Royaume-Uni, dans les îles anglo-normandes, ou sur l'Île de Man. Les parents d'intention doivent être âgés de plus de dix-huit ans. La mère porteuse ainsi que toute personne ayant légalement la qualité de parent doivent librement, inconditionnellement et avec une pleine compréhension consentir à la réalisation du *Parental Order*. La mère porteuse ne peut toutefois donner son consentement dans les six semaines suivant la naissance de l'enfant. Sauf autorisation de la Cour, aucune indemnisation autre que les « *dépenses raisonnablement encourues* » ne peut être donnée pour la remise de l'enfant par la mère porteuse ou pour le consentement de cette dernière.

Dans certaines affaires, les juges ont toutefois décidé ne pas tenir compte des violations de la législation, par exemple des paiements excédant des dépenses raisonnables, la décision finale quant au *Parental Order* devant être soumise à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être une considération primordiale dans de telles situations.

**En droit portugais**, la possibilité de recourir à la gestation pour autrui a été introduite en deux temps. Une première loi a été adoptée le 13 mai 2016. Toutefois, le Président de la République, nouvellement élu, a fait jouer son droit de veto, accordé par la Constitution. Il souhaitait que la loi soit réécrite afin de garantir davantage les droits de la mère porteuse et de l'enfant à naître. Le Parlement s'est à nouveau prononcé en faveur de la gestation pour autrui par une loi du 20

---

<sup>775</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act* 1990.

<sup>776</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008.

<sup>777</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act* 2010.

juillet 2016. A la suite de ce second vote, le Président n'a plus la possibilité de faire jouer son droit de veto.

Il n'est possible de recourir à la gestation pour autrui que dans les cas d'infertilité féminine liés notamment à l'absence ou au dysfonctionnement de l'utérus et sans contrepartie financière pour la mère porteuse.

Un contrat entre les parties doit préciser les dispositions à prendre en cas de malformation du fœtus ou d'une éventuelle interruption volontaire de grossesse. L'Église catholique s'est fermement opposée à cette loi la jugeant contraire à la civilisation chrétienne.

Le **Brésil** est quant à lui un cas particulier. Il n'y a pas de dispositions législatives mais une norme permissive existe malgré tout en la matière. Il s'agit d'une résolution du Conseil National de l'Ordre des médecins sur les normes éthiques pour l'utilisation de techniques de reproduction assistée<sup>778</sup>.

Cette résolution prévoit un dispositif déontologique applicable aux médecins et instaure un régime juridique pour la maternité de substitution. La pratique est soumise à plusieurs conditions. En premier lieu, la mère intentionnelle ne doit pas être en mesure de porter son enfant<sup>779</sup> mais doit forcément fournir les ovules. En deuxième lieu, il doit y avoir un lien de parenté par le sang entre la mère de substitution et l'un des futurs parents, sauf autorisation exceptionnelle de l'un des Conseils Régionaux des Médecins. Ce lien de parenté s'étend jusqu'au quatrième degré<sup>780</sup>. En troisième lieu, l'âge limite de cinquante ans doit être respecté<sup>781</sup>. En quatrième lieu, aucun but lucratif ou commercial ne doit être recherché par la mère porteuse<sup>782</sup>. En dernier lieu, une « *garantie de l'état civil des enfants* » doit être fournie à l'équipe médicale par les parents génétiques pendant la gestation<sup>783</sup>.

Il est important de relever que la résolution admet l'emploi de la technique dans des situations de rapports « *homoaffectifs* » ainsi qu'au profit de personnes célibataires. En revanche, ce texte ne traite pas de l'établissement de la filiation et de l'enregistrement de l'enfant. Ces lacunes paraissent logiques puisque de telles questions semblent plutôt relever de la compétence du législateur.

### **§ 3. La circulation internationale des actes et jugements relatifs à la maternité de substitution**

En raison de la rigueur de certains systèmes juridiques, les personnes qui souhaitent recourir à une maternité de substitution n'hésitent pas à se rendre à l'étranger afin de bénéficier de dispositions permissives. La question de la réception des actes d'état civil dressés à l'étranger conformément à la loi locale ou des jugements établissant un lien de filiation avec les commanditaires de l'opération se pose alors. Les États qui retiennent des solutions prohibitives

---

<sup>778</sup> *Resolução CFM n° 2.121/2015*, du 16 juillet 2015, publiée dans le *Journal Officiel de la République Fédérative du Brésil* le 24 septembre 2015, Section I, p. 117. Cette Résolution abroge la Résolution *CFM n° 2.013/2013*, du 16 avr. 2013, *D.O.U.* du 9 mai 2013, Section I, p. 119. Disponible en Portugais à [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf) (consulté le 29 février 2016).

<sup>779</sup> Point VII, *chapeau*.

<sup>780</sup> Point VII, n° 1.

<sup>781</sup> Point I, n°2.

<sup>782</sup> Point VII, n° 2.

<sup>783</sup> Point VII, n° 3, alinéa 9 de la Résolution.

en droit interne ne rejettent pas forcément les actes et jugements étrangers de substitution. La correspondance est loin d'être parfaite. Une faveur plus grande peut être de mise. Si le rejet est toujours d'actualité en droit espagnol (A), l'Allemagne et la Belgique acceptent de laisser produire effet à des actes ou jugements étrangers consacrant le recours à des maternités de substitution en invoquant à cette fin l'intérêt supérieur de l'enfant (B). Quant au Royaume-Uni, l'admission ne peut se faire que dans les conditions du droit interne (C). Le droit luxembourgeois est un cas particulier puisqu'un doute existe encore quant à la solution qu'il consacre (D).

## A. Le rejet en droit espagnol

Le droit espagnol ne comporte pas de dispositions spécifiques sur la réception d'actes ou jugements étrangers consacrant le recours à une maternité de substitution. Cependant, une évolution importante a lieu actuellement.

A l'origine, se trouve une affaire dans laquelle était en cause un couple marié, composé de deux hommes, qui avait eu recours à une gestation pour autrui en Californie et obtenu des enfants jumeaux. Le 7 novembre 2008, le couple a demandé leur inscription au Registre de l'état civil auprès du Consulat espagnol de Los Angeles. Les deux hommes souhaitaient être indiqués comme parents légaux. Un refus leur a été opposé. En effet, selon les autorités espagnoles le contrat était nul et la mère légale était celle qui avait enfanté les nouveaux nés. Le couple se tourna alors vers la Direction générale des registres et du notariat (DGRN) qui, par résolution du 18 février 2009, a accepté le recours formé par le couple et, par conséquent, l'inscription des enfants. Parmi ses arguments, cette résolution indiquait que la loi espagnole n'était pas remise en cause de manière générale, mais seulement les aspects relatifs aux effets des décisions étrangères en Espagne et ce sur le fondement de « *l'intérêt supérieur de l'enfant à une identité unique* ». Compte tenu de la complexité de la situation, la DGRN a émis une Instruction le 5 Octobre 2010, la « *Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* » qui a permis l'inscription de l'enfant sur les registres par les parents d'intention si la mère porteuse avait renoncé à la filiation. L'objectif était de fournir des lignes directrices pour les services consulaires afin de gérer de telles affaires.

Toutefois, la Résolution de 2009 a été contestée par le Parquet. Le tribunal de première instance de Valence, dans une décision du 15 septembre 2010, a ordonné d'annuler l'enregistrement. En appel, la Cour provinciale de Valence, dans un arrêt du 23 novembre 2011, a retenu la même solution. Le Tribunal suprême a annulé la résolution du 18 février 2009 et révoqué l'instruction de la DGRN de 2010<sup>784</sup>. Selon la décision, il n'est pas possible de procéder à une inscription sur les registres espagnols d'état civil dans une telle hypothèse car il s'agit d'une fraude à la loi espagnole. Néanmoins, le Tribunal exhorte le Parquet à prendre les mesures appropriées pour déterminer la filiation des enfants compte tenu de la situation.

A la suite de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les affaires *Menesson* et *Labassée* du 26 juin 2014, le Gouvernement espagnol avait annoncé qu'il allait donner des instructions aux Consulats pour faciliter l'inscription dans de tels cas.

Cependant, cette annonce n'a pas eu de suite. En effet, l'arrêt du Tribunal suprême a fait l'objet d'un recours en nullité formé par les parents intentionnels. Le Tribunal suprême s'est prononcé par un *Auto* rendu le 2 février 2015 dans lequel il fait une analyse détaillée de la doctrine de la

---

<sup>784</sup> STS 6/2/14.

Cour européenne et conclut que les droits fondamentaux du couple et des enfants ont été respectés.

Il existe en effet des différences essentielles entre la solution consacrée par la Cour de cassation qui a donné lieu à la condamnation de la France et celle retenue par le Tribunal suprême. Certes, tous deux ont opposé un refus à la transcription demandée mais l'ordre juridique espagnol permet, le cas échéant, l'inscription de la filiation paternelle vis-à-vis du père biologique et l'adoption de l'enfant du conjoint. De plus, la possibilité d'intégration de l'enfant dans une famille de fait par le jeu soit d'une adoption soit d'un acte de notoriété est également admise.

## **B. L'admission au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant**

Le **droit allemand** interdit les maternités de substitution dans les situations internes. Pourtant, par un arrêt du 10 décembre 2014<sup>785</sup>, le *Bundesgerichtshof* a décidé qu'une décision rendue par une juridiction californienne et admettant le recours à une gestation pour autrui conformément à la loi californienne devait être reconnue en Allemagne. En l'occurrence, les partenaires homosexuels, allemands domiciliés à Berlin, liés par un contrat de partenariat, ont été considérés comme les parents juridiques de l'enfant né par gestation pour autrui et devaient être inscrits en tant que tels dans l'acte d'état civil. En avril 2011, les partenaires avaient conclu un contrat avec une femme en Californie qui acceptait de porter l'enfant conçu avec le sperme de l'un des deux hommes et un don d'ovocyte. Avant même la naissance de l'enfant, les partenaires reconnurent celui-ci devant le Consulat général allemand de San Francisco. La Cour supérieure de Californie a quant à elle reconnu que les partenaires étaient bien les parents de l'enfant. Les partenaires ont ensuite regagné Berlin avec l'enfant. L'officier de l'état civil allemand refusa d'inscrire le lien de parenté reconnu en Californie. Ce n'est qu'après une longue bataille juridique que la Cour fédérale de justice jugea que la décision de la Cour californienne devait être reconnue en Allemagne. Les juges estiment en effet que le fait de refuser cette reconnaissance serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'intérêt de la famille.

En **Belgique**, quelques affaires ont donné lieu à des décisions allant dans le même sens.

Dans la première d'entre elles, un homme et une femme, de nationalité belge, mariés et résidant en Belgique ont eu recours aux services d'une mère porteuse en Ukraine. Des jumeaux sont nés et un test ADN a permis d'établir que les membres du couple belge étaient génétiquement les parents des enfants. Ils sont ainsi mentionnés dans les actes de naissance des enfants, établis en Ukraine, comme les parents légaux. Les services de l'Ambassade belge ont pourtant refusé de reconnaître les actes de naissance ukrainiens.

Selon le tribunal civil d'Anvers, aucun acte étranger ne peut produire d'effets en Belgique, si le contenu de celui-ci ne peut être virtuellement élaboré en Belgique. Or, selon le droit belge, la femme qui a accouché de l'enfant doit être considérée comme sa mère et être mentionnée comme telle dans l'acte de naissance. Le tribunal relève également qu'en l'absence de fraude à la loi, les actes de naissance peuvent être considérés comme des actes authentiques valides. La volonté du mari de reconnaître les enfants en ressort et n'est pas contraire à l'ordre public international<sup>786</sup>. Une telle reconnaissance a eu pour effet d'attribuer la nationalité belge aux enfants. Quant à la mère génétique et d'intention, elle a obtenu, du même tribunal, quelques

---

<sup>785</sup> XII ZB 463/13.

<sup>786</sup> Civ. Anvers, 19 décembre 2008.



mois plus tard, le prononcé de l'adoption. En effet, selon les magistrats, d'une part, il ne leur appartenait pas de trancher une question aussi fondamentale que la gestation pour autrui et d'autre part l'adoption était dans l'intérêt des enfants<sup>787</sup>.

Dans une autre affaire, un couple marié, composé de deux hommes de nationalité belge, domicilié en Belgique, décide de recourir en Californie aux services d'une mère porteuse. Cette dernière donne naissance à deux enfants dont l'un des membres du couple est le père biologique. Avant même la naissance et sur le fondement du droit californien, les deux hommes obtiennent un jugement qui les déclare parents légaux et naturels des enfants à naître. Un acte de naissance est établi, avec indication de leurs noms en cette qualité. La transcription en Belgique de ces actes est refusée. Le tribunal de Huy qui est saisi de l'affaire juge que la convention de gestation pour autrui est contraire à l'ordre public international et que les actes de naissance sont constitutifs d'une fraude à la loi. Il refuse donc la reconnaissance et la transcription des actes de naissance établis en Californie « *en tant qu'ils sont l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'enfants conçus en exécution d'un contrat de gestation pour autrui* »<sup>788</sup>.

Ce jugement est réformé par la Cour d'appel de Liège qui reconnaît les actes de naissance et autorise leur transcription dans les registres de l'état civil en ce qu'ils mentionnent un lien de filiation à l'égard du père biologique<sup>789</sup>. En revanche, le lien de filiation à l'égard de l'autre parent intentionnel n'est pas reconnu. La Cour considère en effet que le droit belge aurait permis l'établissement du lien de filiation à l'égard du père biologique sur le fondement des dispositions du Code civil. Concernant l'autre parent intentionnel, la Cour constate que le droit belge n'admet pas l'existence d'un double lien de filiation paternelle et exclut l'application de la présomption de paternité en cas de mariage entre personnes du même sexe. Elle décide également que le caractère illicite du contrat de gestation pour autrui ne saurait porter atteinte à l'intérêt supérieur des enfants garanti par la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant et l'article 22 *bis* de la Constitution.

D'autres décisions se fondant sur l'intérêt de l'enfant afin de laisser produire effet à des actes ou jugements étrangers consacrant le recours à une maternité de substitution peuvent encore être citées<sup>790</sup>.

### C. L'admission dans les conditions du droit interne

En **droit anglais**, la solution est simple. La condition de parent est attribuée seulement par application de la loi anglaise. Par conséquent, conformément à la loi anglaise, la mère porteuse restera la mère légale, peu importe la teneur de l'acte de naissance dressé dans le pays étranger. Si les parents d'intention veulent modifier la situation, ils doivent demander et obtenir un *Parental Order* dans les mêmes conditions qu'en droit interne. Il faudra donc que l'un d'entre eux, au moins, ait un lien génétique avec l'enfant. Une difficulté particulière peut apparaître en cas de rémunération de la mère de substitution en application d'un accord à titre onéreux. Selon le droit britannique, il convient toujours de demander au tribunal l'autorisation de tels

---

<sup>787</sup> Civ. Anvers, 22 avril 2010, T. Fam. 2012/2, p. 43.

<sup>788</sup> Civ. Huy, 22 mars 2010, J.T. 2010, p. 420.

<sup>789</sup> Liège, 6 septembre 2010, J.T., 2010, p. 634.

<sup>790</sup> Civ. Liège, 15 mars 2013, Act. dr. fam, 2013/5, p. 93 ; Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 2010, R.T.D.F., 2010/4, p. 1164.

versements avant qu'une décision parentale ne puisse leur être accordée. Les juridictions font toutefois preuve d'une certaine souplesse en la matière.

Tel a été le cas dans une affaire, tranchée par la *High Court of Justice*, dans laquelle les parents demandeurs, de nationalité anglaise et domiciliés en Angleterre, s'étaient rendus en Ukraine afin de recourir à une convention de mère porteuse. Contrairement à la loi anglaise, ils avaient versé à la mère porteuse d'importantes sommes d'argent. Le juge devait, dans de telles circonstances, se prononcer sur l'ordre parental<sup>791</sup>. Le tribunal a examiné les circonstances particulières de la cause afin de décider s'il convenait de faire exception à la règle britannique interdisant les maternités de substitution à des fins lucratives. Plus précisément, trois questions susceptibles de se poser dans ces affaires ont été retenues :

- (1) La somme payée a-t-elle été disproportionnée par rapport aux dépenses raisonnables prévues par la loi britannique ?
- (2) Les candidats demandeurs ont-ils agi en toute bonne foi et sans immoralité dans leurs transactions avec la mère porteuse ?
- (3) Les candidats demandeurs ont-ils tenté de frauder les autorités ?

En réponse à ces questions, le juge a rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être une considération primordiale dans l'établissement d'un *Parental Order*. Plus exactement, la décision précise qu'il convient de maintenir un équilibre entre deux concepts concurrents et potentiellement contradictoires. En effet, le législateur cherche à lutter de manière légitime contre les maternités de substitution commerciales et s'attend à ce que les juridictions mettent en œuvre cette considération politique dans leurs décisions. Pourtant, selon la Cour, une approche aussi rigoureuse doit être atténuée au regard du bien-être de l'enfant en cause. Selon la décision, il est presque impossible d'imaginer un ensemble de circonstances dans lesquelles l'intérêt de l'enfant ne serait pas gravement compromis par un refus d'accorder le *Parental Order*.

En l'espèce, les paiements ont par conséquent été jugés acceptables. Le *Parental Order* a été accordé puisqu'il permet de satisfaire l'intérêt de l'enfant.

#### **D. Le doute en droit luxembourgeois**

En **droit luxembourgeois**, il n'existe aucune disposition expresse à propos de la réception des maternités de substitution pratiquées à l'étranger. Il n'y a pas non plus d'affaires pertinentes dans la jurisprudence.

Cette situation a été confirmée récemment. En effet, en 2013, les médias, notamment luxembourgeois, ont divulgué une information selon laquelle six cents femmes d'origine marocaine se seraient fait inséminer au Luxembourg, où elles auraient accouché d'un enfant pour le compte de couples luxembourgeois. En réponse à une question parlementaire suscitée par cette révélation et, plus largement, sur la question des mères porteuses, les Ministres luxembourgeois de la Justice et de la Santé ont répondu que « [s]uivant les informations que le Gouvernement a obtenues auprès des autorités luxembourgeoises et étrangères compétentes, aucune situation où une femme aurait porté un enfant pour autrui, respectivement où de telles naissances seraient inscrites ou transcrites sur les registres de l'état civil ou les registres de population du Grand-Duché, ne s'est présentée à ce jour »<sup>792</sup>.

<sup>791</sup> *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam).

<sup>792</sup> Chambre des Députés Grand-Duché de Luxembourg, Compte rendu des séances publiques n° 8, Session ordinaire 2012-2013, Q120.

Le doute est donc permis à l'heure actuelle sur la solution qui serait retenue par le droit luxembourgeois s'il était confronté à une telle situation constituée à l'étranger.

### **Section III. L'adoption**

Dans plusieurs des systèmes juridiques étudiés, le mariage est désormais ouvert aux personnes de même sexe. Certains États font alors preuve d'un grand libéralisme et en conséquence accordent également aux couples homosexuels, mariés ou non, le droit de recourir à l'adoption (Belgique, Espagne, Luxembourg, Royaume-Uni, Portugal et Brésil) (§ 1). D'autres sont plus restrictifs. Même si l'adoption est une institution juridique reconnue, les couples de personnes de même sexe en sont exclus. La correspondance entre impossibilité pour des personnes de même sexe de se marier et impossibilité pour un tel couple d'adopter se vérifie dans les différents systèmes étudiés (Suisse, Grèce, Guinée et Russie) (§ 2).

#### **§ 1. Les droits ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe**

En **droit belge**, le mariage homosexuel est possible en vertu de l'article 143 du Code civil qui dispose que « *deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage* ».

Quant à l'adoption, l'article 343 du Code civil indique dans son paragraphe §1er a) ce qu'il convient d'entendre par adoptant : « *une personne, des époux, ou des cohabitants [...]* ». Le mariage étant ouvert aux personnes de sexe différent ou de même sexe, il en résulte que l'adoption est possible pour un couple homosexuel.

Selon le b) du même texte, les cohabitants sont « *deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi* ».

Les candidats à l'adoption doivent « *être qualifiés et aptes à adopter* ». Il faut pour cela posséder les qualités socio-psychologiques nécessaires<sup>793</sup>. Une enquête sociale est diligentée à cette fin<sup>794</sup>.

L'enfant est quant à lui, selon le c), « *une personne âgée de moins de dix-huit ans* ».

Des conditions d'âge sont prévues pour pouvoir adopter. Le ou les adoptants doivent avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans et avoir au moins quinze ans de plus que l'adopté. De telles conditions doivent être remplies au moment du dépôt de la requête<sup>795</sup>.

L'adoption par le conjoint ou le cohabitant est possible et bénéficie d'un régime juridique plus favorable sur ce point précis. En effet, selon l'article 345 alinéa 2 du Code civil, « *si l'adopté est un descendant au premier degré ou un adopté du conjoint ou du cohabitant, même décédé, de l'adoptant, il suffit que ce dernier ait atteint l'âge de dix-huit ans et ait dix ans de plus que l'adopté* ». A nouveau, ces conditions sont appréciées au moment du dépôt de la requête en adoption.

---

<sup>793</sup> C. civ., art. 346-1.

<sup>794</sup> C. civ., art. 346-2.

<sup>795</sup> C. civ., art. 345, al.1.

De même, une autre disposition prévoit expressément l'adoption par le conjoint ou le cohabitant et consacre une règle destinée à la faciliter. Il s'agit de l'article 347-2 du Code civil selon lequel « *une personne déjà adoptée, de manière simple ou plénière, par deux adoptants, peut être adoptée une nouvelle fois, de manière simple ou plénière, par le nouveau conjoint ou cohabitant de l'un de ceux-ci si toutes les conditions requises pour l'établissement de cette nouvelle adoption sont remplies et que, soit :*

*1° l'autre adoptant antérieur est décédé ;*

*2° l'adoption simple antérieure a été révoquée à l'égard de l'autre adoptant ;*

*3° des motifs très graves commandent qu'une nouvelle adoption soit prononcée à la requête du ministère public ».*

Enfin, autre élément favorable, selon l'article 346-2 du Code civil, l'enquête sociale n'est « *pas obligatoire lorsque l'adoptant désire adopter un enfant :*

*1° apparenté, jusqu'au troisième degré, à lui-même, à son conjoint ou à son cohabitant, même décédés ; ou*

*2° dont il partage déjà la vie quotidienne ou avec lequel il entretient déjà un lien social et affectif ».*

En **droit espagnol**, le mariage entre personnes de même sexe est également possible. Selon l'alinéa 1er de l'article 44 du Code civil, « *l'homme et la femme ont le droit de contracter mariage conformément aux dispositions du présent code* ». L'alinéa second du même article, introduit par la loi 13/2005 du 1<sup>er</sup> juillet 2005, consacre quant à lui le mariage homosexuel puisqu'il dispose que « *le mariage est soumis aux mêmes conditions et produit les mêmes effets que les deux contractants soient du même sexe ou de sexe différent* ». La solution est d'autant plus remarquable que l'article 32, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution continue à faire référence à la différence de sexe pour le mariage<sup>796</sup>.

Selon la Cour constitutionnelle<sup>797</sup>, ce dernier texte doit faire l'objet d'une « *interprétation évolutive qui se situe hors du champ réglementaire traditionnel*<sup>798</sup> » et qui suggère que la loi est un phénomène social lié à la réalité. La Haute Cour propose ainsi une « *lecture évolutive de la Constitution selon laquelle des données quantitatives contenues dans des statistiques officielles*<sup>799</sup> confirment qu'en Espagne le mariage entre personnes de même sexe fait l'objet d'une large acceptation sociale<sup>800</sup> ».

Quant à l'adoption, le principe est que nul ne peut être adopté par plus d'une personne. Toutefois, une adoption conjointe ou successive est possible, par deux conjoints ou par un couple uni par une relation d'affection analogue au mariage<sup>801</sup>. Cela vaut tant pour les hétérosexuels que pour les homosexuels. De plus, le mariage célébré postérieurement à l'adoption permet d'adopter les enfants de son conjoint.

---

<sup>796</sup> « *L'homme et la femme ont le droit de se marier avec une pleine égalité juridique* ».

<sup>797</sup> STC 198/2012.

<sup>798</sup> L'interprétation historique du projet de loi constitutionnelle n'envisageait pas cette possibilité.

<sup>799</sup> Notre correspondant étranger nous invite à préciser ceci : lesdites statistiques officielles comprennent trois études du Centre de Recherches Scientifiques : étude n° 2568, juin 2004 (1641 interrogés dont 66,2% pour) ; étude n° 2578, octobre 2004 (1423 interrogés dont 56,9% pour) sur une population de 46,7 millions d'habitants. Une troisième étude n° 2854 ne peut pas être représentatif de toute la population car les interrogés sont seulement des jeunes entre 14 et 29 ans.

<sup>800</sup> Par contre, la Haute Cour ne mentionne pas que l'adoption par des couples homosexuels a été rejetée par 33% des personnes interrogées contre 19,5% qui se montraient favorables (question n° 26 étude 2578).

<sup>801</sup> C. civ., art. 175, al. 4.

Quant à l'âge des personnes concernées, l'adoptant doit avoir vingt-cinq ans révolus. En cas d'adoption par deux personnes, il suffit que l'un d'eux ait atteint cet âge. En tout état de cause, l'adoptant doit avoir au moins seize ans de plus que l'adopté et la différence d'âge ne peut être supérieure à quarante-cinq ans. A nouveau, s'il y a deux adoptants, il suffit que l'un d'eux n'ait pas atteint la différence d'âge maximale<sup>802</sup>.

L'adopté doit être un mineur non émancipé. L'adoption d'un majeur ou d'un mineur émancipé est cependant possible lorsque, immédiatement avant son émancipation, il était placé en famille d'accueil auprès des futurs adoptants ou lorsqu'une situation de vie commune avec les futurs adoptants existe depuis au moins un an<sup>803</sup>. Dans ces deux situations, il peut également être dérogé aux conditions relatives à la différence d'âge entre adoptant et adopté.

En **droit luxembourgeois**, avec l'adoption de la loi du 4 juillet 2014<sup>804</sup>, entrée en vigueur au début de l'année 2015, le mariage a été ouvert aux couples de personnes de même sexe. Depuis lors, l'article 143 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil luxembourgeois dispose que « *deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage* ».

L'adoption simple est ouverte aux célibataires<sup>805</sup>. Elle peut être demandée par plusieurs personnes mais uniquement s'il s'agit de conjoints<sup>806</sup>. Puisque le mariage entre personnes de même sexe est autorisé, il peut s'agir de couples hétérosexuels ou homosexuels, le législateur n'ayant introduit aucune restriction à cet égard.

Des conditions d'âge sont imposées. L'adoptant doit être âgé de plus de vingt-cinq ans<sup>807</sup>. En cas d'adoption demandée par deux conjoints, l'un doit être âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt-et-un ans au moins<sup>808</sup>. L'adoptant doit avoir quinze ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Enfin, l'adoption ne peut être demandée avant que l'adopté n'ait atteint l'âge de trois mois<sup>809</sup>.

Toutefois, en cas d'adoption de l'enfant de son conjoint, aucune condition d'âge minimum n'est alors requise<sup>810</sup>. Quant à la différence d'âge, elle sera ramenée à dix ans<sup>811</sup>.

En revanche, le Code civil luxembourgeois ne comporte aucune disposition spécifique relative à l'adoption simple, par le partenaire cohabitant, de l'enfant de l'autre partenaire. Un tel silence semble signifier qu'un partenaire cohabitant a toujours la possibilité d'adopter, par adoption simple, l'enfant de son partenaire.

L'adoption plénière n'est quant à elle possible que par deux conjoints, à nouveau hétérosexuels ou homosexuels<sup>812</sup>. L'un doit être âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt-et-un ans au moins, à condition que les adoptants aient quinze ans de plus que l'enfant qu'ils se proposent d'adopter et que l'enfant à adopter soit âgé de moins de seize ans<sup>813</sup>. Une telle adoption peut encore être

---

<sup>802</sup> C. civ., art. 175, al. 1.

<sup>803</sup> C. civ., art. 175, al. 2.

<sup>804</sup> Mémorial A n° 125 du 17 juillet 2014, p. 1798 et s.

<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2014/0125/a125.pdf#page=2>

<sup>805</sup> C. civ., art. 344.

<sup>806</sup> C. civ., art. 349.

<sup>807</sup> C. civ., art. 344.

<sup>808</sup> C. civ., art. 345, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>809</sup> C. civ., art. 350.

<sup>810</sup> C. civ., art. 345, al. 2.

<sup>811</sup> C. civ., art. 346.

<sup>812</sup> C. civ., art. 367.

<sup>813</sup> C. civ., art. 367.

demandée par un conjoint au profit de l'enfant de son conjoint, à condition que l'adoptant ait dix ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter et que ce dernier soit âgé de moins de seize ans<sup>814</sup>. Bien entendu, dès lors que le mariage a été ouvert, au Luxembourg aux couples de même sexe, le parent de l'enfant et son conjoint peuvent être de sexe différent ou de même sexe. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2014, il semble que l'adoption plénière, par une femme, de l'enfant biologique de sa conjointe, soit acceptée facilement, comme une simple formalité, par les tribunaux luxembourgeois<sup>815</sup>.

En revanche, il découle de ces solutions, qu'une telle adoption, par le partenaire cohabitant, de l'enfant de l'autre partenaire, n'est en revanche pas permise par la législation luxembourgeoise.

Il convient encore de préciser que selon l'article 370 du Code civil, l'adoption est ouverte aux luxembourgeois et aux étrangers. De plus, les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale du ou des adoptants. Si l'adoption est demandée par deux conjoints de nationalité différente ou apatrides, la loi applicable est celle de la résidence habituelle commune au moment de la demande. Ainsi par exemple, une adoption plénière demandée par un couple marié composé de deux hommes français serait soumise, quant aux conditions de fond, à la loi française, ce qui la rend possible.

Au **Royaume-Uni**, les couples composés de personnes de sexe différent (*Marriage Act 1949*) et de même sexe (*Marriage [Same-Sex Couples] Act 2013*) peuvent se marier.

Les couples de personne de même sexe peuvent également entrer dans un partenariat civil (*Civil Partnership Act 2004*), ce qui fait du Royaume-Uni l'un des seuls systèmes dans lequel les couples formés par des personnes de même sexe bénéficient de plus grandes possibilités que les couples hétérosexuels.

L'adoption est régie par l'*Adoption and Children Act* de 2002. Ce texte est très libéral quant aux personnes pouvant adopter. En effet, les demandes peuvent être formulées par une personne seule ou par des couples<sup>816</sup>. Il n'y a pas d'exigence de mariage. En effet, selon l'article 144 (4), la notion de couple doit être interprétée comme renvoyant à un couple marié ou lié par un partenariat civil ou à deux personnes (de sexe différent ou de même sexe) qui vivent dans une relation familiale stable.

L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe est justifiée par la volonté d'éviter une forme de discrimination au regard en particulier des articles 8 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme mais également par la particularité du système anglais de protection de l'enfance, dans lequel l'adoption est plus répandue que dans d'autres pays européens. Ouvrir l'adoption aux couples homosexuels est une façon d'assurer un plus grand nombre d'adoptants et constitue ainsi une réforme pragmatique destinée à promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant.

Plusieurs conditions doivent toutefois être remplies selon la section 49 de ce texte. La première est qu'au moins l'un des deux membres du couple ou le demandeur, s'il s'agit d'une personne seule, soit domicilié sur le territoire des îles britanniques. La deuxième condition est que les

---

<sup>814</sup> C. civ., art. 367-1.

<sup>815</sup> « Adopter au Luxembourg pour les couples homosexuels femmes : un jeu d'enfant », *Le Quotidien*, 26 février 2016, <http://www.lequotidien.lu/politique-et-societe/adopter-au-luxembourg-pour-les-couples-homosexuel-femmes-un-jeu-denfant/>

<sup>816</sup> Section 49 (1).

deux membres du couple ou le demandeur doivent avoir leur résidence habituelle sur le territoire britannique depuis au moins un an avant la date de la demande<sup>817</sup>. La troisième condition a trait à l'âge de l'adopté. La demande d'ordonnance d'adoption ne peut être faite que si la personne devant être adoptée n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans à la date de la demande.

La Section 50 relative à l'adoption par un couple dispose quant à elle que les deux membres doivent avoir atteint l'âge de vingt-et-un ans. Le cas particulier de l'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple est également prévu. Dans une telle situation, la mère ou le père de la personne adoptée doit avoir atteint l'âge de dix-huit ans et l'autre l'âge de vingt-et-un ans.

En cas d'adoption par une personne seule, la section 51 est applicable. Elle prévoit qu'une demande peut être formulée par une personne qui a atteint l'âge de vingt-et-un ans et qui n'est pas mariée. Le tribunal peut également délivrer une ordonnance d'adoption sur la demande d'une personne qui a atteint l'âge de vingt-et-un ans s'il est convaincu que la personne est le partenaire d'un parent de la personne adoptée.

Il est donc possible d'adopter l'enfant de l'autre membre du couple. Une telle possibilité est toutefois peu utilisée dans la pratique. En particulier, à propos des maternités de substitution, les tribunaux ont décidé qu'une ordonnance d'adoption ne pouvait être délivrée puisqu'elle ne reflétait pas la réalité selon laquelle l'un des parents est génétiquement lié à l'enfant<sup>818</sup>.

En **droit portugais**, le mariage entre personnes de même sexe a été consacré par le législateur par la loi n°9 du 31 mai 2010. L'article 1577 du Code civil dispose désormais que « *le mariage est le contrat conclu entre deux personnes qui aspirent à constituer une famille au moyen d'une vie commune [...]* ».

La même loi disposait explicitement que les modifications qu'elle opérait dans le Code civil n'avaient pas pour effet de permettre l'adoption, dans aucune de ses modalités, par des personnes mariées de même sexe. L'adoption par des couples homosexuels n'était donc pas possible et ce qu'ils soient portugais ou étrangers.

Le Parlement portugais a toutefois fait évoluer les solutions sur ce point précis et ce en deux temps. Le 18 décembre 2015, une loi autorisant l'adoption par des couples homosexuels a été votée. Le président de la République a refusé de promulguer cette loi et a fait jouer son droit de veto, accordé par la Constitution, le 25 janvier 2016. Le Parlement s'est à nouveau prononcé en faveur de l'adoption homosexuelle le 10 février 2016. Suite à ce second vote, le Président n'a plus la possibilité de faire jouer son droit de veto.

En **droit brésilien**, selon l'article 42, paragraphe 2 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent<sup>819</sup>, pour une adoption conjointe, il est indispensable que les adoptants soient mariés ou vivent en « *union stable* ». Sur le fond, l'article 29 établit que l'adoptant doit révéler une compatibilité avec la nature de l'adoption et doit offrir un environnement familial adéquat. En outre, l'article 197-C prévoit que les adoptants doivent être capables et préparés pour l'exercice d'une paternité

---

<sup>817</sup> Pour les personnes ne remplissant pas cette condition, l'adoption est possible sur le fondement d'une loi étrangère, v. le chapitre 6 de *l'Adoption and Children Act* de 2002.

<sup>818</sup> *A v P (Surrogacy : Parental Order: Death of Applicant)* [2011] EWHC 17, consultable à l'adresse suivante : <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed84421>

<sup>819</sup> Loi n° 8.069/1990 du 13 juillet 1990.

ou d'une maternité responsable, à la lumière des exigences et principes du Statut.

À l'issue de nombreuses controverses, l'adoption par des couples de personnes de même sexe semble désormais possible. La jurisprudence l'autorise systématiquement depuis que le Tribunal Fédéral Suprême a jugé, le 5 mai 2011<sup>820</sup>, que « *l'union stable* », sorte d'union civile, entre un homme et une femme prévue par l'article 1723 du Code civil pouvait également jouer pour des personnes de même sexe. Cette solution de principe a été confirmée par la suite<sup>821</sup>. Une telle interprétation est conforme à la tradition juridique brésilienne, marquée par sa capacité à apporter des réponses aux problèmes suscités par la pratique quotidienne, en allant au-delà de la simple utilisation d'outils techniques. Outre le recours aux principes généraux, tirés de la tradition romano-canonico-ibérique, et du droit comparé, les juristes brésiliens mettent un fort accent sur le contexte, sur la vie réelle au sein de la société, sur les coutumes et leur valeur juridique. Le sens commun, général, pratique et utile importe dans la recherche de solutions, tout en tenant compte du contexte.

Par ailleurs, à la suite de ces décisions, le Tribunal Supérieur de Justice a tranché, par la voie d'un contrôle d'interprétation de conformité des dispositions du Code civil à la Constitution, la question de l'ouverture du mariage civil aux couples homosexuels. Saisi d'un *Recurso Especial*<sup>822</sup>, le Tribunal a cassé un arrêt d'appel ayant refusé la demande de délivrance d'un certificat de capacité à mariage (« *habilitação para se casar* ») faite par deux femmes vivant déjà en « *union stable* »<sup>823</sup>, en décidant que les articles 1514, 1521, 1523, 1535 et 1565 du Code civil brésilien ne s'opposent pas à ce que deux personnes du même sexe se marient civilement<sup>824</sup>.

---

<sup>820</sup> STF, ADI 4277, Assemblée plénière, affaire jugée le 5 mai 2011, *RTJ* 219, p. 212 ; et *ADPF* 132, Assemblée plénière, affaire jugée le 5 mai 2011, *EMENT*, vol. 2607-01, p. 1. Dans ces deux affaires, il était question d'interpréter l'art. 1723 du Code civil à la lumière de la Constitution fédérale de 1988. Aux termes de cet article, « *l'union stable entre un homme et une femme est reconnue comme une entité qui constitue une famille, caractérisée par la vie en commun, en public, continue et de longue durée, et établie avec cet objectif* ». Dès lors que cet article n'envisage l'union stable, forme d'entité familiale constitutionnellement reconnue (art. 226 §3), qu'entre personnes de sexe différent, la question de sa conformité à la Constitution s'est posée à la Cour suprême, dans le cadre d'une *action directe de constitutionnalité* (ADI), intentée par le procureur général de la République, et d'une *action par manquement à précepte constitutionnel* (ADPC), intentée par le gouverneur de l'État du Rio de Janeiro. En résumé, ces deux actions avaient pour objectif de voir le STF déclarer, d'une part, que l'union entre personnes du même sexe devrait être obligatoirement reconnue comme entité familiale, dès lors que les conditions exigées pour la constitution de l'union stable entre un homme et une femme sont réunies, et, d'autre part, que le même statut (droits et devoirs) reconnu et applicable aux unions stables entre hommes et femmes devrait être étendu aux unions stables entre personnes du même sexe.

<sup>821</sup> STF, RE 477554 AgR, Rapporteur Celso de Mello, 2ème Chambre (2a Turma), affaire jugée le 16 août 2011, *DJe*-164 25-08-2011, publié le 26 août 2011, *RTJ* V. 220, p. 572.

<sup>822</sup> STJ, REsp 1183378/RS, Rapporteur Luis F. Salomão, 4ème Chambre, affaire jugée le 25 octobre 2011, *DJe* 1<sup>er</sup> février 2012.

<sup>823</sup> En l'espèce, deux femmes vivant en « *union stable* » pendant trois ans se sont présentées devant deux officiers d'état civil de la Ville de Porto Alegre afin de requérir un certificat de capacité à mariage, ce qui leur a été dénié par chacun d'eux. Le 25 mars 2009, le couple a déposé une demande de délivrance dudit certificat devant le juge de première instance de Porto Alegre, affirmant la non-existence de l'obstacle juridique au mariage entre personnes du même sexe. Le jugement a rejeté la demande, en affirmant que le mariage, tel qu'il est régi par le Code civil de 2002, n'est possible qu'entre l'homme et la femme. En appel, la décision avait été confirmée.

<sup>824</sup> Pour décider de la sorte, le STJ affirme d'abord que, dans l'accomplissement de sa mission d'uniformiser le droit infraconstitutionnel, il ne peut pas conférer à la loi une interprétation non-conforme à la Constitution. Ensuite, le STJ s'inspire des arguments mis en avant par le STF dans ces arrêts du 5 mai 2011 qui ont conféré à l'art. 1723 du Code civil de 2002, une interprétation conforme à la Constitution pour évacuer de cette disposition toute signification empêchant la reconnaissance de l'union stable entre personnes du même sexe comme *entité familiale* (synonyme parfait de *famille*), dont la protection est constitutionnellement assurée. Les principes ayant



L'entrée en vigueur en France de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ne devrait donc pas avoir d'impact particulier au Brésil. Quelques adoptions internationales récentes prononcées par le Tribunal de Grande Instance de Rio de Janeiro ont ainsi concerné des couples d'hommes de nationalité française. La France se trouve parmi les pays d'accueil qui adoptent le plus au Brésil, avec quinze adoptions parmi les cent vingt-six adoptions internationales qui ont eu lieu au Brésil en 2014. La première adoption internationale au Brésil par un couple de personnes de même sexe a concerné précisément un couple d'hommes de nationalité française, domicilié en Bretagne, qui a adopté une fratrie composée de trois enfants âgés de onze, dix et huit ans en 2011 à Rio de Janeiro. Suite au mariage des adoptants après la loi du 17 mai 2013, les adoptés ont eu le droit de rajouter les noms de famille composés de leurs parents à leurs propres noms. En mars 2015, un autre couple d'hommes de nationalité française, marié, demeurant en Normandie, a adopté une fratrie composée de trois frères âgés de dix, huit et sept ans à Rio de Janeiro.

## § 2. Les droits refusant l'adoption aux couples de personnes de même sexe

En **droit suisse**, le mariage entre personnes de même sexe n'est pas autorisé. L'article 94 du Code civil continue à faire référence à la différence de sexe quant aux conditions de fond du mariage. Une loi du 18 juin 2004 a instauré un partenariat enregistré entre personnes de même sexe. Cependant, en vertu de son article 28, « *les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant ni à recourir à la procréation médicalement assistée* ».

Un projet est toutefois actuellement en cours d'étude afin de permettre au partenaire de même sexe d'adopter l'enfant de son partenaire.

Selon l'article 264a du Code civil, des époux ne peuvent adopter que conjointement et l'adoption conjointe n'est pas permise à d'autres personnes. De plus, ils doivent être mariés depuis cinq ans, ou être âgés de trente-cinq ans révolus. Enfin, un époux peut adopter l'enfant de son conjoint s'il est marié avec ce dernier depuis cinq ans.

L'article 264b du Code civil prévoit que l'adoption est possible pour une personne non mariée qui peut adopter seule dès lors qu'elle a trente-cinq ans révolus.

L'enfant quant à lui, s'il est mineur, doit être d'au moins seize ans plus jeune que les parents adoptifs (C. civ., art. 265). Il est également possible d'adopter une personne majeure dans certains cas (C. civ., art. 266).

Le mariage homosexuel n'est pas possible non plus en **droit allemand**. Il existe néanmoins une loi du 16 février 2001 « *mettant fin à la discrimination à l'égard des concubinages homosexuels et instituant le partenariat de vie enregistré* », dite loi sur le partenariat enregistré (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), modifiée à plusieurs reprises par la suite. Cette loi tend à conférer aux couples homosexuels pratiquement les mêmes droits civils et sociaux qu'aux couples hétérosexuels unis par le mariage. Le droit, pour des couples homosexuels, d'adopter un enfant commun n'a pour autant pas été consacré.

---

fondé lesdites décisions du STF ont donc été étendues pour permettre la consécration jurisprudentielle du mariage civil entre personnes du même sexe.

Cependant, des mesures ponctuelles, dont la portée est loin d'être négligeable, ont été introduites en matière d'adoption par les couples homosexuels.

En premier lieu, le législateur de 2001 a créé en faveur du partenaire de celui qui a un enfant ce qu'il est possible de dénommer « *une petite autorité parentale* »<sup>825</sup> qui lui confère un certain nombre de droits à l'égard de l'enfant.

En deuxième lieu, à la suite d'une modification de la loi en 2004, la possibilité pour un partenaire d'adopter les enfants biologiques de l'autre est reconnue<sup>826</sup>. Les règles générales de l'adoption s'appliquent alors. L'autre partenaire déjà parent de l'enfant, doit donner son accord et les autorités compétentes devront examiner si cette adoption sert les intérêts de l'enfant. Si l'adoption est prononcée, l'enfant sera alors considéré comme l'enfant commun du couple.

En dernier lieu, à la suite d'une décision du *Bundesverfassungsgericht*<sup>827</sup> – la Cour constitutionnelle fédérale – le Parlement a adopté le 26 juin 2014 une loi qui autorise l'adoption successive d'un enfant par les couples de personne de même sexe. Autrement dit, le ou la partenaire de celui ou celle qui a adopté des enfants par le passé peut à son tour adopter ces enfants.

En revanche, l'adoption conjointe d'un enfant par un couple homosexuel demeure quant à elle toujours interdite en Allemagne.

En **droit grec**, le mariage reste l'union entre un homme et une femme. Une loi du 26 novembre 2008 a créé le pacte de vie commune. Son champ d'application était limité aux personnes majeures de sexe opposé. Une telle solution a entraîné la condamnation de la Grèce par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Vallianatos*<sup>828</sup>. En effet, la loi consacrait, selon la Cour de Strasbourg, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des demandeurs concernant leur droit à la vie privée, violant ainsi les articles 8 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Une loi du 22 décembre 2015 donne désormais accès aux couples homosexuels à l'union civile. Toutefois, la loi ne comporte aucune disposition sur l'adoption d'enfants. Une telle possibilité n'est donc pas offerte aux couples homosexuels en Grèce à l'heure actuelle.

De manière plus générale, le Code civil grec prévoit plusieurs conditions relatives à l'adoptant. Ainsi, celui qui adopte un mineur doit être capable d'accomplir des actes juridiques, avoir trente ans révolus et ne pas avoir dépassé les soixante ans<sup>829</sup>. Il doit également avoir au moins dix-huit ans de plus que l'adopté sans avoir plus de quarante-cinq ans de plus que celui-ci<sup>830</sup>. L'adoption de l'enfant du conjoint est expressément prévue et bénéficie d'un régime de faveur. En effet, dans un tel cas, le tribunal peut autoriser l'adoption même si la différence d'âge est de moins de dix-huit ans, sans pour autant pouvoir être inférieure à quinze ans. De même, l'adoption d'un majeur est possible si l'adopté est l'enfant du conjoint<sup>831</sup>. De telles dispositions ne valent par hypothèse que pour des couples mariés de sexe différent.

En **droit guinéen**, le mariage entre personne de même sexe n'est pas possible. Selon les

---

<sup>825</sup> *Kleines Sorgerecht*, Section 1, § 9, al. 1 et 2 *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

<sup>826</sup> *Stiefkindadoption*. Section 1, § 9, al. 7 *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

<sup>827</sup> BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.2.2013, Absatz-Nr. (1-110). V, à ce sujet : N. Baillon-Wirtz, Les adoptions successives : regards croisés entre la France et l'Allemagne, *Dr. fam.* 2013, Etude n°8, p.7 et s.

<sup>828</sup> CEDH 7 novembre 2013, *Vallianatos et autre c. Grèce*, n° 29381/09, n° 32684/09.

<sup>829</sup> C. civ., art. 1543.

<sup>830</sup> C. civ., art. 1544.

<sup>831</sup> C. civ., art. 1579.

dispositions de l'article 325 du Code pénal guinéen, l'homosexualité est même pénalement sanctionnée. Des peines d'emprisonnement et d'amende sont prévues. De plus, si l'homosexualité est une pratique qui existe malgré tout dans la société guinéenne, elle fait l'objet d'une forte réprobation sociale.

Concernant l'adoption, conformément à la Sourate 33 verset 4 du Coran, elle est interdite par l'Islam. Pour autant, le Code civil guinéen ne l'interdit pas. Elle reste cependant très encadrée. Elle est possible pour des personnes seules ou pour des couples mariés, mais uniquement de sexe différent.

Même sans disposition expresse en ce sens, il résulte en effet des articles 381 à 394 du Code civil guinéen relatifs à l'adoption et des dispositions du Code pénal, qu'elle est nécessairement interdite aux couples de personnes de même sexe.

Par conséquent, les différentes limites ainsi caractérisées suffiront à empêcher l'aboutissement de tout projet d'adoption par un couple de personnes de même sexe en Guinée, d'origine française ou autre.

En droit russe, le mariage homosexuel n'est pas autorisé. Certes, il n'existe pas de disposition expresse en ce sens dans le Code de la famille. Toutefois, à la lecture des textes en la matière, il ne fait aucun doute que le mariage reste une union entre un homme et une femme.

Cette solution a bien évidemment un impact pour l'adoption. Conformément à l'article 124 du Code de la famille de la Fédération de Russie, elle constitue le moyen prioritaire de placement des enfants privés de famille, est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant et doit respecter le principe de subsidiarité.

Le Code prévoit des conditions strictes pour pouvoir adopter.

En premier lieu, selon l'article 127 du Code de la famille, les adoptants peuvent être des personnes adultes des deux sexes. Mais une longue liste d'exclusion existe. Sont exclues, les personnes incapables ou seulement partiellement capables, les personnes privées de leurs droits parentaux, les personnes atteintes de certaines maladies, les personnes n'ayant pas de résidence fixe, etc.

De plus, l'adoption conjointe n'est offerte qu'aux couples mariés. Le mariage homosexuel n'existant pas, il n'est pas possible pour un couple de même sexe d'avoir accès à une telle adoption.

En revanche, une personne seule peut adopter un enfant seule. Un homosexuel pourrait ainsi théoriquement être adoptant, sous réserve que le tribunal prononçant l'adoption admette que cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant. Il est également possible d'adopter l'enfant de son conjoint. La situation est expressément visée par l'article 128, alinéa 2, du Code de la famille.

En deuxième lieu, une différence d'âge de seize ans minimum entre les parents adoptifs et l'enfant adopté est imposée. Cette condition n'est toutefois pas exigée pour l'adoption de l'enfant de son conjoint.

En troisième lieu, le Code de la famille de la Fédération de Russie impose aux candidats à l'adoption de disposer, au moment du prononcé du jugement, de revenus suffisants pour garantir un minimum vital à l'enfant adopté. En pratique, il apparaît que les autorités russes donnent une priorité aux adoptants âgés de trente à quarante-huit ans disposant d'un revenu mensuel net équivalent à au moins trois mille euros pour un couple sans enfant et propriétaires de leur logement.

En dernier lieu, les candidats doivent obligatoirement attester d'une préparation à l'adoption allant de trente heures minimum à quatre-vingts heures maximum selon les régions.

Quant aux relations avec la France, suite à l'introduction en France du mariage entre personnes de même sexe, les solutions sont dictées par la loi fédérale n°167-FZ du 3 juillet 2013 qui précise le champ d'application dans l'espace de ces dispositions. L'article 127 du Code de la famille russe relatif aux critères d'éligibilité à l'adoption en Russie est modifié.

Désormais, il est interdit aux « *personnes de même sexe liées par une union qui est reconnue comme un mariage et qui a été enregistrée en conformité avec la législation de l'État où un tel mariage est autorisé, ainsi qu'aux ressortissants de ces États qui ne sont pas mariés* » d'adopter un enfant russe. Par conséquent, les candidatures de couples homosexuels mariés en France mais également de célibataires français ne seront plus recevables en Fédération de Russie.

En application des dispositions transitoires de cette législation, les requêtes en adoption de personnes célibataires déjà enregistrées auprès des juridictions russes devraient toutefois être examinées selon la législation antérieure.

## **PARTIE II**

### **LE « DROIT A L'ENFANT » ET LA FILIATION : QUEL STATUT JURIDIQUE POUR L'ENFANT ?**

Des situations de « droit à l'enfant »<sup>832</sup>, recensées dans la première partie de l'étude, se développent rapidement, sous l'impulsion de réseaux organisés, à la faveur de législations comportant des contradictions en droit interne<sup>833</sup> et disparates à l'échelle du Monde<sup>834</sup>. L'interaction des législations entre elles, aggravée par la rapidité des évolutions, suscite des difficultés juridiques inédites. Dessiner les contours du statut juridique de l'enfant devient acrobatique. Or, l'enfant a droit à un statut juridique (filiation, nationalité, nom, etc.). La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant (CIDE) le proclame<sup>835</sup>, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, il arrive que, sous un autre angle, les nouvelles pratiques privent l'enfant de ses droits, tels qu'énoncés par la CIDE (*infra*). Jusqu'à quel point ces pratiques impactent-elles le statut d'un enfant et dans quelles nécessaires limites ? La réponse à cette question est bien souvent apportée au cas par cas (Chapitre I).

Les difficultés juridiques sont aggravées en la matière par l'existence corrélative de conflits hiérarchiques de normes. Il apparaît cependant, qu'en dépit de l'existence d'un ordre public familial international protecteur de la famille et de l'enfant, les dispositions juridiques favorables à ces nouvelles pratiques progressent, y compris devant les hautes cours : Conseil constitutionnel et Cour de cassation (Chapitre II). Le phénomène est d'abord lié au fait que les questions juridiques se posent « après coup », c'est-à-dire une fois que la situation de « droit à l'enfant » est constituée. L'ordre public protecteur de la famille et de l'enfant devrait en conséquence chercher à développer son efficacité en amont.

## **Chapitre I. L'analyse des difficultés juridiques soulevées par les situations de « droit à l'enfant » au regard de la définition du statut juridique de l'enfant**

Les règles juridiques régissant la filiation de l'enfant sont contrastées à l'échelle mondiale, ce que la synthèse de droit comparé démontre<sup>836</sup>. Par ailleurs, de nouvelles règles sont adoptées sans que d'autres, plus anciennes, aient été modifiées<sup>837</sup>. Surtout, des situations de fait apparaissent et induisent, peu à peu, du droit. Cette normativité, qui a sa source dans la société elle-même, prend d'autant plus de force que l'ordre imposé est de moins en moins accepté dans nos sociétés<sup>838</sup>. Or, les solutions dégagées au cas par cas interagissent avec les normes existantes, soulevant des questions inédites. Des incohérences en résultent.

Les problématiques de droit international privé et de coût seront abordées dans une première subdivision (Section 1), puis seront analysées les difficultés spécifiques que soulève aujourd'hui la détermination du statut juridique de l'enfant dans les situations de « droit à l'enfant » (Section 2).

---

<sup>832</sup> *Supra* pages 23 et 24.

<sup>833</sup> *Supra* pages 48 et s, rappr., pages 106 et s.

<sup>834</sup> *Supra* pages 146 et s.

<sup>835</sup> *Infra* pages 262 et s.

<sup>836</sup> *Supra* Partie I, Chapitre III, pages 146 et s.

<sup>837</sup> *Supra* pages 48 et s.

<sup>838</sup> J. Commaille, Préface, *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, op. cit., p. 6 et 7.

## Section I. Les questions préalables

Les difficultés juridiques sont importantes, spécialement du fait que les pratiques de « droit à l'enfant » se développent dans un cadre mondial. Il faut donc notamment compter avec le jeu des règles du droit international privé. De nouveaux traités pourraient mettre en place un mode de régulation internationale des conséquences de la « délocalisation » des pratiques de « droit à l'enfant » interdites ou plus strictement réglementées dans certains pays<sup>839</sup>. La Conférence de la Haye y travaille. En l'état actuel du droit, il faut se référer aux règles et méthodes de droit international privé (§ 1).

Ces pratiques ont un coût social, y compris lorsqu'elles sont initiées à l'étranger (§ 2).

### § 1. Les problématiques de droit international privé

Des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont valablement conclues dans certains pays, à l'instar de la Grèce ou du Royaume-Uni<sup>840</sup>. En droit français, celles-ci sont nulles. Selon l'article 16-7 du Code civil, « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». L'interdiction s'y trouve confortée par des sanctions pénales<sup>841</sup>. Le phénomène est comparable dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation<sup>842</sup>, les conditions du droit français, pénalement sanctionnées, étant parfois plus strictes que dans d'autres pays<sup>843</sup>.

Les problématiques de droit international privé sont actuellement bien identifiées (A).

Dans le cas des conventions de mère porteuse, une question spécifique doit être approfondie : l'articulation de l'ordre public avec l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

#### A. L'état des lieux

La diversité des conceptions nationales est considérable en matière de filiation. Cette hétérogénéité se manifeste d'abord lors de la procréation : certains Etats prohibent la procréation et gestation pour autrui, d'autres l'admettent très largement, d'autres encore la légalisent mais à des conditions strictes. Un constat similaire peut être dressé pour le recours à l'assistance médicale à la procréation telle l'insémination artificielle avec tiers donneur (IAD)<sup>844</sup>. Il en résulte une forme de *law shopping*, parfois désignée en doctrine par l'expression de « tourisme procréatif »<sup>845</sup> : les candidats « à la parenté »<sup>846</sup> décident de se jouer des frontières

---

<sup>839</sup> H. Fulchiron, La gestation pour autrui : un problème juridique « global », in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde- représentations, encadrements et pratiques*, loc. cit.

<sup>840</sup> F. Granet-Lambrechts, Etat civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui. Panorama du droit positif dans quelques Etats européens, *AJ Fam.* 2014, p. 300.

<sup>841</sup> C. pén., art. 227-12. Et v. *Supra* Partie I, Chapitre II Section II, pages 124 et s.

<sup>842</sup> *Supra* Partie I, Chapitre II, Section I, pages 106 et s.

<sup>843</sup> *Supra* Partie I, Chapitre III, pages 146 et s.

<sup>844</sup> *Ibidem*.

<sup>845</sup> Par exemple, v. D. Sindres, Le tourisme procréatif et le droit international privé, *JDI* 2015-2, doctr. 4. L'expression « délocalisation procréative » est également utilisée, v. Ph. Guez, L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé, in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?* Dalloz 2015, p. 69 et s.

<sup>846</sup> Selon l'expression de S. Godechot-Patris, L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé, in *Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Dalloz 2012, p. 293 et s.

en allant chercher à l'étranger ce qui leur est refusé dans leur ordre juridique.

La disparité des droits se rencontre également en matière d'adoption, entraînant un autre type de difficulté, celle d'un éventuel contournement des dispositions étrangères<sup>847</sup>. Un point de vue différent de celui du for peut en effet être retenu par le pays d'origine de l'enfant : des Etats prohibent toute forme d'adoption, tels certains pays de droit musulman, ou n'autorisent que l'adoption interne. La question de l'adoptabilité de l'enfant de statut personnel prohibitif est alors soulevée.

Ces faits de circulation<sup>848</sup> des parents et enfants dans un but procréatif ou de création d'un lien de filiation intéressent au premier plan le droit international privé dont la physionomie traditionnelle est mise à rude épreuve<sup>849</sup>. Le droit des conflits de lois repose traditionnellement sur deux piliers : la coordination des ordres juridiques, d'une part, et la protection de la cohésion du for, d'autre part<sup>850</sup>. La recherche d'un équilibre entre ces deux impératifs est en principe poursuivie grâce à la mise en œuvre de la méthode conflictuelle : la règle de conflit de lois permet de désigner le droit qui entretient les liens les plus significatifs avec la situation juridique, ensuite, chaque Etat assure la défense des valeurs de la société qu'il représente en faisant appel à des instruments de préservation de cohésion du for<sup>851</sup>, tels les mécanismes d'exception d'ordre public international et de fraude.

Cependant, les libertés économiques de circulation instituées par le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Convention EDH) tels qu'interprétés à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>852</sup> ont une influence croissante sur la mise en œuvre par les Etats de leurs règles de droit international privé. La présentation traditionnelle du droit des conflits de lois s'en trouve profondément bouleversée, et ce particulièrement en matière familiale.

La priorité habituellement conférée à l'objectif de coordination des ordres juridiques s'estompe au profit d'une recherche de continuité du statut juridique de la personne<sup>853</sup>. Le droit au respect de la vie privée et familiale tend à ce que l'état civil d'un individu acquis légalement à l'étranger, c'est-à-dire en conformité avec le système juridique étranger, soit reconnu hors des

---

<sup>847</sup> Sur cette dualité, v. S. Godechot-Patris, *ibid.* L'hypothèse inverse peut bien sûr se présenter, mais elle plus rare du point de vue de l'ordre juridique français.

<sup>848</sup> J.-S. Bergé, « *A Need of Law? About a Long Term Research on a New Legal Concept: 'Full Movement Beyond Control'* », Projet en cours mené par l'Institut Universitaire de France. La présentation de cette étude est accessible sur le site [www.ssnr.com](http://www.ssnr.com)

<sup>849</sup> Sur ce constat, v. notamment Y. Lequette, De la « proximité » au « fait accompli », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 481 et s.

<sup>850</sup> En ce sens, v. dernièrement L. d'Avout, La reconnaissance dans le champ des conflits de lois, communication du 18 mars 2016, *TCFDIP*, Pedone (à paraître).

<sup>851</sup> Pour une telle présentation, v. Y. Lequette, De la « proximité » au « fait accompli », *loc. cit.*

<sup>852</sup> La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, concept cardinal en matière de filiation, est consacrée par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Fréquemment utilisée par la Cour EDH, cette dernière interprète l'article 8 de la Convention EDH à sa lumière. *Adde*, pour une analyse en droit de l'Union européenne, E. Caracciolo di Torella et P. Foubert, Surrogacy, pregnancy and maternity rights : a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU, *European Law Review* 2015, p. 52 et s.

<sup>853</sup> L'impact des solutions européennes sur le droit international privé de la famille a été maintes fois décrit, v. notamment, H. Fulchiron et Ch. Bideaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz 2014, B. Bourdelois, La famille du XXI<sup>e</sup> siècle et problématiques de conflits de lois, in *Mélanges en l'honneur du Professeur P. Mayer*, LGDJ 2015, p. 77 et s. Plus généralement, au-delà des strictes questions de droit international privé, sur l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH quant à l'élaboration du droit interne et européen de la famille, v. A. Büchler et H. Keller (dir.), *Family forms and Parenthood, Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, Intersentia 2016, et sur l'influence du droit de l'Union européenne, Cl. Brunetti-Pons, L'impact de l'Union européenne sur le droit de la famille ; aspects extrapatrimoniaux – Mise en relief des grands mouvements d'évolution ; l'exemple du droit français, in *El Estado en la encrucijada: retos y desafíos en la sociedad internacional del Siglo XXI* (Dúo), Aranzadi 2016.



frontières de ce seul Etat. Ce changement de paradigme<sup>854</sup> se manifeste le plus souvent ainsi : le critère de la nationalité, en tant que rattachement traditionnel de la règle de conflit de lois en matière de statut personnel, et les mécanismes correcteurs du droit international privé sont écartés si le respect d'un principe fondamental le commande<sup>855</sup>. Ce faisant, une nouvelle méthode prônant la reconnaissance des situations valablement constituées à l'étranger émerge progressivement.

Les interrogations liées aux situations de « droit à l'enfant » en droit international privé peuvent dès lors être formulées ainsi : du point de vue de l'ordre juridique français, la situation de « droit à l'enfant » créée à l'étranger sous l'empire d'une législation permissive peut-elle être reconnue en France et y produire des effets ? De même, le refus opposé par la loi nationale de l'enfant à son adoption constitue-t-il, dans une perspective française, une atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

Au regard de l'hétérogénéité des situations créées à l'étranger, leur appréhension par les méthodes de droit international privé ne peut être unitaire. Les questions relevant de l'insémination artificielle avec tiers donneur doivent être distinguées de celles de la gestation pour le compte autrui. En outre, pour cette dernière, les prétentions sont diverses (demande de transcription dans les registres français de l'état civil des actes de naissance étrangers, ceux-ci pouvant mentionner la mère d'intention ou la mère porteuse ; décision étrangère invoquée devant le juge français ; exercice d'une action en reconnaissance de paternité par le père biologique ; sollicitation d'une adoption en France ; existence du lien de filiation invoquée sur le fondement de la possession d'état, etc.)<sup>856</sup>. Toutes, néanmoins, tendent à la reconnaissance ou à l'établissement d'un lien de filiation en France.

L'ordre juridique français ne dispose pas de règles de droit international privé spécifiques à l'insémination artificielle et la gestation pour le compte d'autrui<sup>857</sup>, à la différence de l'adoption internationale gouvernée par des règles spéciales. Une présentation des différentes méthodes de droit international privé utilisées pour répondre à ces situations de « droit à l'enfant » s'avère dès lors nécessaire (1). Le recours par le for à telle technique plutôt qu'une autre n'est cependant pas neutre. Ce choix traduit une politique législative ou jurisprudentielle qui se prolonge par l'utilisation de certains mécanismes protecteurs de la cohésion du for (2).

---

<sup>854</sup> Selon l'analyse de B. Ancel, *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, Cours de Doctorat Master 2 Droit international, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007.

<sup>855</sup> Ces principes étant l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit au respect de la vie privée et familiale ou encore les libertés de circulations européennes.

<sup>856</sup> Sur l'ensemble de ces questions, v. D. Sindres, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, *loc. cit.*

<sup>857</sup> Dans l'attente de l'élaboration d'un instrument multilatéral élaboré sous l'égide de la Conférence de La Haye. Sur ce projet d'instrument, v. M. Engel, « *Cross-border surrogacy : Time for a Convention ?* », in K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart (dir.), *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia 2014, p. 199 et s. ; S. Bollée, *La gestation pour autrui en droit international privé*, *TCFDIP 2012-2014*, Pedone 2015, p. 233 et s., spéc. p. 228 et s. ; P. Beaumont et K. Trimmings, *International surrogacy arrangements, Legal Regulation at the Instrument Level*, in *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing 2013 ; J. Tobin, « *To prohibit or permit : what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy ?* », *I.C.L.Q.* 2014, 63(2), p. 317 et s. Néanmoins, le dernier rapport du groupe d'experts relatif au projet de filiation présenté en février 2016, qui peut être consulté sur le site [www.hcch.net](http://www.hcch.net), émet des doutes quant à l'opportunité d'élaborer un outil en ce domaine.

## 1. Les situations de « droit à l'enfant » au regard des méthodes de droit international privé

Les règles de droit international privé se révèlent protéiformes face aux situations de « droit à l'enfant », même si leur mise en œuvre reste gouvernée par la réalisation de l'intérêt de l'enfant dans un contexte international. Outre les nécessaires distinctions résultant de la diversité des hypothèses visées, les méthodes de raisonnement et techniques juridiques diffèrent selon qu'il s'agit de reconnaître une filiation constituée à l'étranger (a) ou d'établir la filiation en France (b).

### a. La reconnaissance de la filiation établie à l'étranger

Le recours à l'insémination artificielle à l'étranger, dans des situations autres que celles autorisées par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, ou à la gestation pour le compte d'autrui entraînent des réactions de l'ordre juridique français bien distinctes<sup>858</sup>.

Lorsqu'une insémination artificielle est pratiquée à l'étranger en conformité avec la législation du pays concerné<sup>859</sup>, la naissance ne sera pas obligatoirement constatée dans un acte public local, elle pourra le plus souvent être directement déclarée à l'officier de l'état civil consulaire<sup>860</sup>. Dans ce cas, la question la plus délicate soulevée par l'« AMP transfrontière »<sup>861</sup> vise l'établissement du lien de filiation en France avec le conjoint, compagnon ou conjointe de la mère<sup>862</sup>. En revanche, lorsque la filiation de l'enfant issu d'une insémination artificielle a été établie à l'étranger avec la conjointe ou le compagnon de la mère (par un jugement étranger ou un acte reçu par un officier public local), la reconnaissance de ce lien de filiation en France nécessite de recourir aux règles de circulation internationale des jugements ou actes civils étrangers.

Dans un arrêt du 8 juillet 2010<sup>863</sup>, la Cour de cassation s'est prononcée sur la réception en France d'un jugement étranger d'adoption simple par une Française de l'enfant de sa compagne. L'enfant avait été conçu suite à une insémination artificielle avec donneur. La Cour de cassation décide d'accorder l'*exequatur* à ce jugement, les conditions de régularité internationale des jugements étrangers étant respectées<sup>864</sup>. Plus précisément, selon la Haute juridiction, le jugement étranger qui partage l'autorité parentale entre la mère de l'enfant et l'adoptante n'est

---

<sup>858</sup> D'un point de vue juridique, la nature des deux techniques de procréation diffère : l'insémination artificielle est un fait, tandis que la gestation pour autrui nécessite au préalable une convention entre le(s) parent(s) d'intention et la mère gestatrice. En outre, l'insémination artificielle par tiers donneur n'est pas interdite en France, mais encadrée. La gestation pour autrui est quant à elle formellement prohibée. Ces distinctions se répercutent en droit international privé.

<sup>859</sup> L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique est une disposition française qui n'a pas vocation à être appliquée par des autorités étrangères. Elle n'a pas de caractère extraterritorial. La pratique de l'IAD dans un autre Etat est strictement encadrée par la législation locale et dépend de la politique de santé publique de cet Etat. Pour une analyse détaillée des multiples questions posées par l'AMP dans un contexte international, v. Ph. Guez, L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé, *loc. cit.*

<sup>860</sup> Dans les pays où la loi ne s'oppose pas à une déclaration directe auprès de l'officier de l'état civil consulaire.

<sup>861</sup> Selon l'expression de Ph. Guez, *loc. cit.*

<sup>862</sup> V. *Infra* même chapitre Section II, Sous-section I, pages 207 et s.

<sup>863</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 8 juillet 2010, *AJ fam.* 2010, 387, obs. B. Hafel ; *JDI* 2011-1, comm. 4, S. Bollée ; *JCP* 2010, II, 1173, note H. Fulchiron.

<sup>864</sup> Trois conditions doivent être réunies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure, et l'absence de fraude.

pas contraire à l'ordre public international français. Il ne contrevient pas aux « principes essentiels du droit français ». Cette solution, un temps remise en cause par deux arrêts du 7 juin 2012<sup>865</sup>, peut, depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, être considérée comme constituant l'état du droit positif français. L'adoption prononcée à l'étranger de l'enfant conçu par une insémination artificielle au sein d'un couple homosexuel pourra en principe être reconnue en France.

La gestation pour le compte d'autrui soulève devant les juridictions françaises des questions plus épineuses. Le contentieux est ici exclusivement lié à la *reconnaissance* de la filiation juridique valablement constituée à l'étranger, la *création* de cette situation en France étant prohibée par l'article 16-7 du Code civil. L'un des schémas classiques est celui-ci : l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger bénéficie d'un acte d'état civil étranger. L'acte mentionne le père d'intention et biologique comme « père » et la mère gestatrice comme « mère »<sup>866</sup>. Le statut juridique de l'enfant, conforme à la législation du pays où il est né<sup>867</sup>, peut-il être reconnu en France ?

L'évolution de la jurisprudence française est sur ce point remarquable<sup>868</sup>. Dans un premier temps, par des arrêts emblématiques rendus le 6 avril 2011, dont la solution fut durcie par les décisions du 13 septembre 2013, la Cour de cassation refusa toute reconnaissance du statut juridique acquis à l'étranger<sup>869</sup>. Ensuite, dans un revirement de jurisprudence intervenu le 3 juillet 2015, l'Assemblée Plénière admit la transcription de l'acte de naissance dressé en pays étranger sur les registres français d'état civil.

L'infléchissement de la position française résulte de la condamnation de la France par la Cour EDH dans les affaires *Menesson* et *Labassée* le 26 juin 2014 pour violation de l'article 8 de la Convention EDH<sup>870</sup>. La Cour de Strasbourg décide que les enfants, qui ne pouvaient établir ou voir reconnaître en France leur filiation à l'encontre de leur père biologique et d'intention, avaient subi une atteinte à leur droit au respect de leur vie privée. Pour la Cour EDH, la filiation biologique doit pouvoir être reconnue ou établie en France<sup>871</sup>.

---

<sup>865</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 7 juin 2012 (2 arrêts), *RCDIP* 2013, p. 587, note L. Gannagé.

<sup>866</sup> Dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 3 juillet 2015 (Cass., Ass. Plén., 3 juillet 2015, (2 arrêts), *D.* 2016, 857, obs. F. Granet, *D.* 2015, 1481, note S. Bollée, 1175, obs. D. Sindres et 1819, note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; *JCP G* 2015, 965, note A. Gouttenoire) étaient en cause la transcription d'actes d'état civil russes. Les enfants étaient nés en Russie par gestation pour autrui d'un père biologique (et d'intention) français et d'une mère porteuse russe. Les actes mentionnaient le père d'intention et biologique comme « père » et la mère porteuse comme « mère ». Par ailleurs, dans certaines affaires, les parents d'intention se prévalent non pas d'un acte d'état civil étranger, mais d'une décision étrangère. Ainsi dans l'affaire *Menesson*, le juge californien avait conféré à l'époux la qualité de père génétique et à son épouse la qualité de mère légale des enfants à naître. C'était ce jugement qui devait être transcrit.

<sup>867</sup> Et conforme à la loi désignée par l'article 311-14 du Code civil, selon lequel la loi applicable est la loi nationale de la mère. Dans la majorité des cas, la mère porteuse est de la nationalité de l'Etat où elle accouche.

<sup>868</sup> Sur cette évolution, v. notamment, P. Hammje, *Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé*, in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, p. 175 et s.

<sup>869</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 6 avril 2011, *JCP G* 2011, 441, chron. F. Violla et M. Reynier ; *AJ fam.* 2011, 8, obs. F. Chénéde et 11, obs. B. Haftel ; *RCDIP* 2011, 722, note P. Hammje ; *D.* 2011, 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *RTD civ.* 2011, 340, obs. J. Hauser et Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 13 septembre 2013, *D.* 2013, 2382, obs. I. Gallmeister, 2377, avis C. Petit, 2384, note M. Fabre-Magnan ; *AJ fam.* 2013, 579, obs. F. Chénéde et 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JDI* 2014, comm. 1, note J. Guillaumé ; *RCDIP* 2013, p. 579, obs. P. Hammje ; *RTD civ.* 2013, 816, obs. J. Hauser ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse*, *D.* 2013, 2349 ; dans le même sens, Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 19 mars 2014, *RCDIP* 2014, p. 619, note S. Bollée. Sur ces arrêts, v. *Infra* même partie, Chapitre I, Section II, Sous-section II.

<sup>870</sup> CEDH, 26 juin 2014, n°65192/11, *Menesson c. France* et CEDH, 26 juin 2014, n°65941/11, *Labassée c. France*.

<sup>871</sup> La position de la Cour est en revanche autre lorsqu'aucun lien biologique n'existe pas entre le père d'intention et l'enfant, v. CEDH, gr.ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*. Elle décide en l'espèce que, faute de vie familiale *de facto*, il n'y avait pas d'atteinte au droit au respect de la vie familiale, puis ajoute que

L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a donc pris acte de cette condamnation. Toutefois, elle ne le fait pas de manière éclatante. Ses arrêts se fondent sur une règle technique : l'article 47 du Code civil<sup>872</sup>. La Cour de cassation considère, aux termes de cette disposition, tout en visant l'article 8 de la Convention EDH, que les actes étrangers d'état civil des enfants nés à l'étranger devaient être transcrits, dans la mesure où il ne résulte pas des actes eux-mêmes qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits relatés ne correspondent pas à la réalité.

L'approche retenue par la Haute juridiction française consiste à appliquer une règle matérielle internationale, l'article 47 du Code civil, qui prévoit une transposition du titre probatoire étranger, dès lors que celui-ci répond aux exigences énoncées<sup>873</sup>.

Cette solution, reflet de l'état actuel du droit positif français, invite à une double réflexion : l'une concerne le fondement que la solution de la Cour de cassation ne consacre pas, l'autre interroge sa portée.

Tout d'abord, suite aux affaires *Menesson* et *Labassée*<sup>874</sup>, une partie de la doctrine s'était interrogée sur la possibilité d'appliquer au lien de filiation résultant d'une gestation pour le compte d'autrui pratiquée à l'étranger la méthode dite de la reconnaissance unilatérale des situations<sup>875</sup>.

Cette méthode, concurrente au raisonnement conflictuel, consiste à se placer du point de vue de l'Etat de création de la situation. Ainsi, dans l'hypothèse d'une filiation résultant d'une gestation pour autrui, l'ordre juridique de référence devient celui du lieu où l'enfant est né. A la différence de la méthode conflictuelle traditionnelle où le raisonnement prend sa source dans le rapport de droit afin de déterminer la loi applicable à celui-ci, la méthode de la reconnaissance des situations valablement constituées à l'étranger envisage la conformité du rapport de droit par rapport à l'ordre juridique d'origine. Si le rapport de droit est *valablement* créé à l'étranger et *juridiquement*<sup>876</sup> constaté, il peut être reconnu et « circuler » dans les autres Etats. Ce n'est donc plus l'ordre juridique du for qui crée le droit subjectif, mais le droit subjectif créé à l'étranger qui s'impose à l'ordre juridique du for<sup>877</sup>, le but poursuivi, en matière familiale, étant notamment le respect d'un statut juridique acquis à l'étranger. Le for se trouve finalement face au fait accompli<sup>878</sup>. Transposée à une situation de « droit à l'enfant », la méthode conduit à ce qu'une filiation valablement établie à l'étranger, en conformité du système juridique étranger, soit reconnue par l'ordre juridique français.

---

l'atteinte à la vie privée n'était pas disproportionnée. Sur cet arrêt, V. H. Fulchiron, De l'illicite peut-il naître un droit ? JCP éd. G. 2017. 323.

<sup>872</sup> Selon cet article : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

<sup>873</sup> En ce sens, v. L. d'Avout, communication précitée.

<sup>874</sup> V. aussi les arrêts ultérieurs, CEDH, 27 janvier 2015, n° 25358/12, *Campanelli-Paradiso c. Italie* et CEDH, 21 juillet 2016, n°s 9063/14 et 10410/14, *Foulon et Bouvet c. France*.

<sup>875</sup> V. notamment, H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH, *RCDIP* 2015, p. 1 et s.

<sup>876</sup> La situation doit être « ancrée » dans l'ordre juridique étranger par le biais d'un acte public étranger. Le terme utilisé par la doctrine est celui de « cristallisation » de la situation : P. Mayer, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges P. Lagarde, 2005, p. 547 et s.

<sup>877</sup> G. de Geouffre de La Pradelle et M.-L. Niboyet, Remarques introductives de l'internationaliste privatiste, in *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, 2011, p. 17 et s.

<sup>878</sup> Pour une dénonciation de cette politique dite du fait accompli, V. Y. Lequette, De la « proximité » au « fait accompli », *loc. cit.*

Les arrêts d'Assemblée Plénière du 3 juillet 2015 se gardent cependant de raisonner expressément en ces termes et se démarquent ainsi de décisions antérieures rendues par des juridictions de fond<sup>879</sup>. La Cour de cassation préfère se fonder sur une logique probatoire. En l'espèce, l'acte d'état civil étranger étant conforme à la réalité biologique, il doit être transcrit sur les registres français d'état civil. Ce faisant, conformément aux arrêts *Labassée* et *Menesson*, la reconnaissance de la filiation biologique par la transcription sur les actes d'état civil français est suffisante pour garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quelle est alors la portée de cette solution ? Il s'agit d'une mise en conformité minimale avec les exigences de la Cour EDH : seule une transcription de l'acte considéré comme conforme à la réalité française est opérée (le père biologique est le « père », la mère qui accouche est la « mère »). Il ne s'agit pas de la mise en œuvre d'une *méthode* de reconnaissance globale du lien de filiation valablement créé à l'étranger. L'on peut ainsi se demander si l'acceptation formelle du titre étranger emporte nécessairement une acceptation substantielle de l'acte<sup>880</sup>. En outre, si les enfants disposent bien d'un acte de l'état civil français, la maternité d'intention n'est pas visée<sup>881</sup>. La Cour de cassation est restée silencieuse sur ce point, la question ne lui ayant pas été posée. Il est vrai qu'admettre la transcription de la filiation maternelle réduirait à néant l'interdiction de l'article 16-7 du Code civil. Cependant, ne risque-t-on pas de méconnaître une partie de la réalité biologique si les parents d'intention sont tous deux géniteurs et de créer une différence de traitement entre père et mère d'intention<sup>882</sup> ? Autre question fondamentale restée en suspens : quels sont les droits et obligations de la mère gestatrice vis-à-vis de l'enfant, puisque, faut-il le rappeler, celle-ci est mentionnée comme « mère » sur l'acte d'état civil étranger ? L'on peut d'ailleurs se demander si le lien entre la « mère » et l'enfant doit être apprécié sous l'angle du droit français ou sous celui du droit applicable à la filiation, c'est-à-dire en vertu de l'article 311-14 du Code civil, la loi nationale de la « mère porteuse ». Les solutions de l'ordre juridique français sont donc encore empreintes de grandes incertitudes. Qu'en est-il lorsqu'il s'agit d'établir la filiation en France ?

## **b. L'établissement de la filiation en France**

Le contentieux lié à l'établissement du lien de filiation en France dans des situations de « droit à l'enfant » concerne essentiellement des demandes d'adoption d'un enfant de statut personnel prohibitif<sup>883</sup>. Il porte également sur des cas de filiations déjà créées à l'étranger mais qui,

---

<sup>879</sup> En ce sens, v. les jugements du TGI de Nantes du 13 mai 2015, n° 14/07497, n° 14/07499 et n° 14/07503 qui énoncent que « le fait que la naissance de l'enfant puisse être la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne saurait se voir opposer les conditions de sa naissance ».

<sup>880</sup> Sur cet aspect, v. P. Hammje, *Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé*, *op. cit.*, p. 191, n° 29.

<sup>880</sup> *Ibid* et H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, *D.* 2015, 1819, note précitée.

<sup>881</sup> V. depuis, Rennes, 7 mars 2016, n°s 15/03859 et n° 15/03855, *Dr. fam.* mai 2016, étude 9, obs. H. Fulchiron. Dans la seconde affaire, seule une transcription partielle de l'acte étranger fut ordonnée. En effet, était indiquée en qualité de « mère » sur l'acte étranger, la mère d'intention.

<sup>882</sup> En ce sens, P. Hammje, *Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé*, *op. cit.*, p. 192, n° 29.

<sup>883</sup> Les demandes d'adoption par la conjointe de la mère d'un enfant conçu par une insémination artificielle effectuée à l'étranger pour des motifs autres que ceux énoncés par l'article L2141-2 du Code de la santé publique ne sollicite pas en principe les règles de l'adoption internationale. La situation n'intéresse le droit international privé que par le biais de la fraude à la loi, sur laquelle v. *infra* même partie, Chapitre I, Section II, Sous-section I.

n'ayant pu être reconnues en France en raison du non-respect par la décision étrangère des conditions de régularité énoncées par la jurisprudence française ou du caractère non biologique de la filiation<sup>884</sup>, demandent à être « reconstruites »<sup>885</sup> en France.

Lorsqu'il s'agit d'établir un lien de filiation en France, la détermination de la loi applicable est encore principalement gouvernée par des sources de droit français aussi bien pour la filiation adoptive<sup>886</sup> que pour la filiation par le sang.

**La filiation adoptive.** Concernant la filiation adoptive, l'article 370-3, al. 1, du Code civil dispose que les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. Cette règle, classique<sup>887</sup>, est aussitôt tempérée par des restrictions. Notamment, l'alinéa 2 énonce que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. La loi nationale de l'enfant est en quelque sorte investie d'un « droit de veto » quant à l'adoptabilité de l'enfant<sup>888</sup>. L'une des finalités de cette disposition est d'éviter la création d'adoptions internationales boiteuses liées à la non-reconnaissance de l'adoption par l'Etat d'origine de l'enfant<sup>889</sup>. La prohibition touche essentiellement les enfants ressortissants d'Etats musulmans tels le Maroc ou l'Algérie.

Ces enfants peuvent toutefois être recueillis par des ressortissants français par *kafala*, institution qui investit le *kafil* de l'autorité parentale mais qui ne permet pas d'accéder aux mêmes droits que l'adoption. En effet, la *kafala* ne crée pas de lien de filiation et soumet l'acquisition de la nationalité française à des conditions restrictives. Un abondant contentieux s'est dès lors développé en France, amenant la Cour de cassation à opérer une application stricte de la règle conformément à sa lettre<sup>890</sup>. C'est d'ailleurs ce manque de souplesse que l'on a pu critiquer : la flexibilité étant « *indispensable dans une matière où les sentiments vont se trouver exacerbés* »<sup>891</sup>. Le contexte des enfants recueillis par *Kafala* étant très divers, une application purement abstraite de l'article 370-3, al. 2, peut aller à l'encontre de leur intérêt. En

---

<sup>884</sup> V. *Infra ibidem* pour l'AMP et Sous-section II pour la GPA, pages 213 et s.

<sup>885</sup> Le terme est emprunté à H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH, *RCDIP* 2015, p. 1 et s.

<sup>886</sup> La Convention de La Haye du 28 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> octobre 1998, prévoit un dispositif de coopération administrative entre les Etats destiné à préparer la procédure judiciaire. Elle a pour but de garantir que l'adoption internationale soit organisée dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

<sup>887</sup> Cette disposition est issue de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

<sup>888</sup> H. Muir Watt, La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale, *JDI* 2001, p. 995 et s., spéc. p. 1005.

<sup>889</sup> Une adoption internationale est considérée comme boiteuse si sa validité n'est pas reconnue par les différents Etats en lien avec la situation. Par exemple, un enfant est considéré comme adopté dans son pays d'accueil mais non dans son pays d'origine.

Sur les différents fondements de l'article 370-3, al. 2, et leur critique, v. S. Godechot-Patris, L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé, *op. cit.*, p. 298 et s.

<sup>890</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 octobre 2006, n° 06-15.264, et n° 06-15.265, *D.* 2006, 2623 ; *D.* 2007, 816, chron. H. Fulchiron ; *D.* 2007, 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2007, 32, obs. A. Boiché ; *RDSS* 2006, 1098, obs. C. Neirinck ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juillet 2008, n° 07-20.279, *D.* 2008, 2144, et les obs. ; *AJ fam.* 2008, 394, obs. A. Boiché ; *RCDIP* 2008, 828, note P. Lagarde ; *RTD civ.* 2008, 665, obs. J. Hauser ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 janvier 2009, n° 08-10.034, *D.* 2009, 501 ; *AJ fam.* 2009, 170, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2009, 308, obs. J. Hauser ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 décembre 2010, n° 09-10.439, *D.* 2011, 160 ; *AJ fam.* 2011, 101, obs. B. Haftel.

<sup>891</sup> S. Godechot-Patris, L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé, *op. cit.*, p. 306.

comparaison, l'article 67 du Code belge de droit international privé permet une mise en œuvre plus souple des dispositions en cause. Cet article prévoit que la loi belge est substituée à l'application d'une loi étrangère prohibitive si cela est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et dans la mesure où les personnes intéressées par l'adoption entretiennent des liens étroits avec la Belgique.

Pour autant, la Cour EDH, saisie de ce problème, considère que la solution française est conforme aux droits fondamentaux<sup>892</sup>. Faut-il y voir deux poids, deux mesures : l'intérêt de l'enfant serait de voir sa filiation établie lorsqu'il naît d'une gestation pour le compte d'autrui à l'étranger ; en revanche, son intérêt serait inverse lorsqu'il a été recueilli par *kafala* ? En réalité, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg fournit une grille de lecture intéressante quant à sa conception de l'intérêt de l'enfant dans le domaine de la filiation. Le choix opéré par l'Etat de maintenir l'enfant sous le régime de la *kafala* plutôt que de le placer sous le régime de l'adoption n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant en ce que, l'identité de l'enfant n'est ici pas incertaine<sup>893</sup>. Dans une affaire *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, la Cour considère que l'enfant possédait déjà un lien de filiation qui présentait une certaine effectivité<sup>894</sup>. Tandis que dans une affaire *Harroudj c. France*, la Cour insiste sur la reconnaissance par la France de la *kafala* judiciaire intervenue à l'étranger et son équivalence à la tutelle. Elle évoque également la possibilité d'une disparition progressive de la prohibition pour les enfants établis en France<sup>895</sup>.

Cette jurisprudence, qui retient une approche concrète de la situation de l'enfant en lien avec son identité, pourrait-elle être source d'enseignements lorsqu'est en cause une gestation pour le compte d'autrui<sup>896</sup> ?

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Dijon du 24 mars 2016<sup>897</sup> concernant une demande d'adoption simple par le conjoint du père d'un enfant né à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, les magistrats se fondent sur une appréciation concrète de la situation de l'enfant et non sur un rejet de principe de la demande. En effet, si en l'espèce la Cour d'appel refuse l'adoption, elle prend soin de relever que l'absence de lien juridique entre l'appelant et l'enfant n'est pas préjudiciable, dans les faits, à ce dernier. C'est ainsi une approche *in concreto* de l'intérêt de l'enfant qui permet à la Cour de se prononcer sur l'établissement de la filiation en France pour, ici, le rejeter.

**La filiation par le sang.** En matière de filiation par le sang, les articles 311-14 et s. du Code civil énoncent les différentes règles de conflit de lois. En vertu de l'article 311-14 du Code civil, la loi applicable à la filiation est la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant et, si la mère n'est pas connue, la loi personnelle de l'enfant. Cet article est complété par diverses dispositions.

---

<sup>892</sup> CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, *Harroudj c. France*, RCDIP 2013, p. 146, note S. Corneloup ; D. 2012, 2947, note P. Hammje ; RTDH 95/2013, p. 717, note S. Bollée et CEDH, 16 décembre 2014, n° 52265/10, *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, AJ fam. 2015, 47, obs. E. Viganotti ; RCDIP 2015, p. 432, note F. Marchadier.

<sup>893</sup> Sur cette analyse, V. F. Marchadier, note précitée, sous l'arrêt *Chbihi Loudoudi*, précité.

<sup>894</sup> *Ibid.*

<sup>895</sup> Le droit français permet aux enfants nés et résidant habituellement en France d'être adoptés (article 370-3 al. 2, deuxième partie de phrase). En outre, un enfant recueilli et élevé par un Français peut réclamer la nationalité française aux termes de trois années (article 21-12 du Code civil issu de la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant).

<sup>896</sup> Sur cette question, v. P. Hammje, *Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé*, *op. cit.*, p. 186, n° 20.

<sup>897</sup> Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057, D. 2016, p. 783, note H. Fulchiron.

L'article 311-15 du Code civil se révèle particulièrement intéressant lorsqu'une situation de « droit à l'enfant » est en cause, puisqu'il prévoit la possession d'état lorsque l'enfant et ses parents ou l'enfant et l'un de ses parents ont leur résidence habituelle en France. Dans l'hypothèse d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, la filiation pourrait ainsi être établie par la possession d'état à l'égard du père biologique et d'intention<sup>898</sup>. La solution de l'arrêt *Labassée* de la Cour de cassation du 6 avril 2011 qui avait expressément rejeté la possession d'état au motif que celle-ci était viciée car reposant sur une convention de mère porteuse doit aujourd'hui être écartée.

En revanche, il semble douteux que l'article 311-15 du Code civil puisse être appliqué pour établir la filiation maternelle d'intention. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne l'impose pas et l'application de cet article serait en contradiction directe avec l'interdiction énoncée à l'article 16-7 du même code, à moins d'admettre que l'écoulement du temps ne vienne purger la situation de l'interdit initial.

La reconnaissance du père biologique et d'intention en vertu de l'article 311-17 du Code civil, qui dispose que la reconnaissance est valable si elle est faite en conformité avec la loi nationale de son auteur ou avec la loi nationale de l'enfant, devrait quant à elle être admise au regard de la jurisprudence de la Cour EDH.

Les incertitudes qui imprègnent la mise en œuvre des méthodes de droit international privé face aux situations de « droit à l'enfant » sont révélatrices de la difficile mise en balance d'une politique publique défendue par un Etat et de l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto*. Si le recours aux droits fondamentaux devrait tendre à cet équilibre<sup>899</sup>, l'impression est parfois celle d'une instrumentalisation de ces derniers entraînant une mise à l'écart contrainte des mécanismes de protection de l'ordre juridique français.

## **2. Les mécanismes de protection de l'ordre juridique français**

La fraude et l'ordre public constituent des motifs d'exception à l'application de la loi normalement compétente. L'exception d'ordre public international permet d'évincer la loi étrangère lorsque son application heurterait les valeurs essentielles du for. La fraude, quant à elle, rend inopposable le résultat atteint. Cependant, aux interdits étatiques peuvent être opposés des textes de valeur supranationale<sup>900</sup> qui entraînent une paralysie de ces mécanismes protecteurs de la cohésion du for. La fraude (a) et l'exception d'ordre public (b) doivent ainsi être appréhendés au regard des principes européens.

### **a. Le recours à la théorie de la fraude**

L'exception de fraude existe dans l'ensemble des branches du droit. Selon une conception classique, elle se manifeste « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à

---

<sup>898</sup> L'enfant peut depuis un arrêt du Conseil d'Etat (CE, 4 mai 2011, n°348778), entrer sur le territoire français. La Haute juridiction administrative a en effet jugé que les autorités consulaires étaient tenues de délivrer à l'enfant un document de voyage lui permettant d'accéder au territoire français. Sur l'acquisition de la nationalité française, v. la circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, BOMJ n°2013-01, 31 janvier 2013, p.1 et CE, 12 décembre 2014, n°367324, n°366989, n°366710, n°365779, n°367317, n°368861

<sup>899</sup> En ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, T. II, PUF, 2014, p. 280, n° 795-1.

<sup>900</sup> L. d'Avout, communication précitée.



l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »<sup>901</sup>.

En droit international privé, la notion a acquis au XIX<sup>ème</sup> siècle un sens spécifique qui fait aujourd'hui l'objet d'une lecture renouvelée. Ses effets en droit international privé de la filiation se révèlent cependant inappropriés, ce qui amène à s'interroger sur la place qu'il convient de lui attribuer.

**Analyse de la jurisprudence fondée sur la fraude.** Dans deux arrêts en date du 13 septembre 2013 et un arrêt du 19 mars 2014<sup>902</sup>, la Cour de cassation s'est fondée sur la théorie de la fraude pour refuser la transcription à l'état civil d'un acte de naissance étranger qui désignait à la fois le père biologique et la femme qui avait porté l'enfant. L'une de ces décisions avait par ailleurs permis au ministère public d'agir en contestation de la reconnaissance de paternité faite par le père biologique et d'intention sur le fondement de l'article 336 du Code civil. Par la suite, plusieurs juridictions de fond ont invoqué la fraude à la loi française pour refuser des demandes d'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère, lequel était né d'une insémination artificielle avec tiers donneur réalisée à l'étranger<sup>903</sup>.

Ce recours à la notion de fraude à la loi a pu sembler « intuitivement » le plus évident<sup>904</sup>, tout au moins dans une définition renouvelée du concept, selon laquelle : « la fraude en droit international privé est constituée chaque fois que les parties cherchent, par tout procédé présentant une apparence de licéité, à exploiter la diversité des ordres juridiques pour priver d'efficacité une norme considérée comme internationalement impérative par l'ordre juridique du for »<sup>905</sup>. Néanmoins, dans un contexte de « droit à l'enfant », l'utilisation de la notion de fraude suscite plusieurs remarques.

Certes, la fraude à la loi paraît caractérisée lorsqu'une gestation pour le compte d'autrui est pratiquée à l'étranger. En effet, dans cette situation, les parents d'intention se déplacent délibérément à l'étranger dans le but de concevoir un enfant dans un Etat permissif, et ce afin d'échapper à l'interdiction du droit français expressément énoncée à l'article 16-7 du Code civil.

En revanche, l'on peut se demander si la fraude à la loi est réellement constituée lorsqu'il s'agit de s'opposer à l'adoption par la conjointe de la mère d'un enfant né à l'étranger par insémination artificielle avec donneur. D'une part, l'IAD, bien qu'elle soit fortement encadrée, n'est pas interdite en France. D'autre part, la loi du 17 mars 2013 ouvre l'adoption aux couples homosexuels. Dès lors, même si le recours à l'IAD par les couples homosexuels est prohibé en France, il n'est pas impossible que le droit français, au regard de cet environnement juridique nouveau, puisse tolérer les IAD réalisées à l'étranger en violation de l'article L2141-2 du code de la santé publique. L'adhésion à cette conception entraînerait la disparition de l'élément légal, dès lors qu'il n'y a plus de violation d'une « *prescription internationalement impérative de l'ordre juridique français* »<sup>906</sup>.

---

<sup>901</sup> J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse Toulouse 1957.

<sup>902</sup> Arrêts précités, note X.

<sup>903</sup> Par exemple, v. TGI Versailles, 29 avril 2014 (3 jugements), n° 13/000013, n° 13/00113 et n° 13/00168, sur lesquels v. notamment, Ph. Guez, L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé, *op. cit.*, p. 72, *RCDIP* 2014, p. 619 et s., note S. Bollée.

<sup>904</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 278, n° 795-1.

<sup>905</sup> S. Clavel, « La fraude », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant 2015, p. 151 et s., p. 154, n° 8. L'auteur propose cette définition de la fraude en prenant en considération l'évolution du droit international privé.

<sup>906</sup> Sur cet aspect, v. S. Clavel, « La fraude », *op. cit.*, p. 166.

En ce sens, dans deux avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014<sup>907</sup>, la Haute juridiction a considéré que le recours à une IAD à l'étranger ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère. En d'autres termes, l'adoption n'est pas empêchée du fait des circonstances de la procréation de l'enfant. Toutefois, la Cour n'utilise pas le terme de fraude ce qui laisse subsister certains doutes quant à son existence. Le rapport du conseiller rapporteur Cotty laisse entendre que la fraude est bien présente mais qu'elle n'est toutefois pas d'une gravité suffisante pour s'opposer à l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère<sup>908</sup>. L'avis de l'avocat général Sarcelet insiste, quant à lui, sur la particularité de la caractérisation de cette fraude qui consisterait à établir le détournement de l'institution de l'adoption qui implique l'existence d'un projet parental intégrant la fraude dénoncée<sup>909</sup>. Or, cette preuve ne peut être rapportée<sup>910</sup>.

Par ailleurs, les libertés de circulation du droit de l'Union européenne se dressent comme autant d'obstacles à la caractérisation de la fraude à la loi. En effet, si l'assistance médicale à la procréation est qualifiée de prestation de services, le droit de l'Union européenne devrait en principe permettre aux personnes de se rendre dans un autre Etat membre pour en bénéficier.

**Analyse critique du fondement en droit international privé.** Outre une qualification parfois discutable de la fraude, ce sont les effets de celle-ci qui soulèvent le plus d'objections<sup>911</sup>.

L'inopposabilité aux parents d'intention et biologiques du statut acquis en conformité d'un droit étranger nuit aux intérêts de l'enfant une fois la situation familiale constituée. Ce faisant, cette sanction entre en conflit avec les droits fondamentaux de ce dernier. Leur désactivation du fait de la fraude ne peut être soutenue<sup>912</sup>. Certes, la solution retenue par la Cour de cassation en 2013 peut être comprise comme une volonté de rejeter toute instrumentalisation des droits fondamentaux. En ce sens, à la suite d'un auteur, l'on peut considérer que le but est « *d'éviter l'invocation de ces droits pour légitimer des situations créées en toute connaissance de cause par les parents d'intention en violation du droit français* »<sup>913</sup>. Le résultat reste néanmoins identique.

Par ailleurs, selon cette même décision, la fraude, en empêchant tout établissement de la filiation en France, conduit à l'annulation de la reconnaissance prénatale du père d'intention et biologique sur le fondement de l'article 336 du Code civil. Cependant, cet article doit être lu au regard de l'article 332 du Code civil. L'article 336 constitue une règle de recevabilité de l'action en contestation de la reconnaissance et non une dérogation à l'article 332<sup>914</sup>. Selon ce

---

<sup>907</sup> Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et n° 14-70.007, en réponse aux demandes d'avis des TGI d'Avignon et de Poitiers, sur lesquels, v. notamment F. Granet, Chron. Droit de la filiation, *D.* 2015, 702.

<sup>908</sup> Rapport de Mme R. Le Cotty, 2<sup>ème</sup> proposition, p. 70, accessible sur le site [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>909</sup> Conclusions de J.-D. Sarcelet, p. 15, accessible sur le site [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>910</sup> En raison de la préservation de cette circonstance de la vie de couple qu'est la conception d'un enfant.

<sup>911</sup> En ce sens, P. Hammje, Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 183, n° 16 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, *D.* 2013. 2349 ; S. Bollée, La gestation pour autrui en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 227 et s.

<sup>912</sup> La Cour de cassation décidait le 13 septembre 2013 « *qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués* » (Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 13 septembre 2013, n° 12-18315).

<sup>913</sup> P. Hammje, *op. cit.*, p. 186, n° 21.

<sup>914</sup> En ce sens, S. Bollée, *op. cit.*, spéc. p. 327. L'article 332 dispose que « *la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* ».

raisonnement, la contestation de la reconnaissance par le Ministère Public dépend d'une absence de vérité biologique. Or, en l'espèce, le père était bien le père biologique de l'enfant. En tout état de cause, depuis les arrêts *Mennesson* et *Labbassée* de la Cour EDH, cette solution est condamnée lorsqu'est en cause la filiation biologique.

**Réflexions autour de la place actuelle de la fraude en la matière.** La jurisprudence de la Cour de cassation ayant profondément évolué depuis la condamnation de la France par la Cour EDH en matière de gestation pour autrui, il convient de s'interroger sur la place actuelle de la fraude.

Au regard de l'article 47 du Code civil, sur le fondement duquel les arrêts du 3 juillet 2015 ont été rendus, la fraude pourrait être invoquée dans des hypothèses de falsification de documents. L'on peut imaginer l'obtention de faux documents d'état civil pour obtenir la compétence d'une loi d'un Etat permissif ou d'un tribunal siégeant dans un tel Etat<sup>915</sup>. Il s'agit toutefois ici de fraudes documentaires et non plus d'une fraude à la loi au sens du droit international privé.

La doctrine invoque également, comme autre type de fraude pertinent dans les situations de « droit à l'enfant », celle de la fraude à l'intensité de l'ordre public<sup>916</sup>. L'objectif pour le fraudeur est alors d'éviter un effet « plein » de l'ordre public en faisant jouer son effet atténué. En effet, l'ordre public offre une intensité variable. Ses exigences sont plus élevées lorsqu'il s'agit de créer un rapport de droit en France que lorsqu'il s'agit de donner effet à une situation créée à l'étranger. Ainsi, le fait d'obtenir un jugement à l'étranger ou un acte public devrait entraîner, en principe, une réaction moindre de l'ordre public en France. Encore faut-il, pour que l'hypothèse d'une fraude à l'intensité de l'ordre public se vérifie, que l'ordre public puisse être utilisé dans son effet atténué.

## **b. Le recours à l'exception d'ordre public international**

Le fondement de l'ordre public international conduit à assurer la défense des principes essentiels français. Son fonctionnement présente l'intérêt d'une grande souplesse, les juges pouvant avoir recours à des « *mécanismes de relativisation* »<sup>917</sup> lors de son application. Par ailleurs, cette exception doit aujourd'hui être comprise et appliquée dans le respect des engagements européens et internationaux de la France. Ainsi, lorsque l'ordre public international est une garantie des droits fondamentaux consacrés par des textes supranationaux, sa mise en œuvre est requise, mais lorsqu'il constitue une atteinte à ces mêmes droits, son application est exclue.

Les arrêts en date du 6 avril 2011 se fondent sur l'exception d'ordre public international en considérant que, « en l'état du droit positif il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code

---

<sup>915</sup> H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.* 2015, 1819, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2015.

<sup>916</sup> V. par exemple, D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, loc. cit.*

<sup>917</sup> P. Lagarde, note sous Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 17 décembre 2008, *RCDIP* 2009, p. 320, p. 327, n° 13.

civil »<sup>918</sup>. L'article 16-7 du Code civil est ainsi rattaché au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qualifié de principe essentiel. Cette disposition est passée du statut de norme d'ordre public interne à un statut de règle constitutive de l'ordre public international.

Il est ici remarquable que la Cour refuse de mettre en œuvre les mécanismes de flexibilité propres à l'exception d'ordre public, alors que, dans les différentes affaires, les situations avaient été valablement créées à l'étranger. L'effet atténué de l'ordre public aurait donc pu intervenir. Toutefois, les liens avec la France restaient forts. C'est d'ailleurs généralement le cas, puisque les parents d'intention ressortissants français résident le plus souvent en France. L'atténuation de l'ordre public ne semble donc pas justifiée sur ce fondement.

Un autre facteur d'atténuation de l'ordre public pourrait résider dans une appréciation plus concrète de la situation. Il s'agirait d'une approche en termes de reconnaissance sélective<sup>919</sup>. La reconnaissance de la filiation serait écartée si le traitement réservé à la femme qui porte l'enfant est contraire à certains standards<sup>920</sup>. Cependant, comme le remarque un auteur : cette approche repose implicitement sur l'idée « que ce n'est pas le principe même de la gestation pour autrui qui est inacceptable, mais seulement certaines des modalités qu'elle peut emprunter »<sup>921</sup>. Toutefois, ne mérite-t-elle pas aujourd'hui un regain d'intérêt au vu de la jurisprudence actuelle de la Cour EDH qui impose une admission de la gestation pour autrui ?

La tutelle du droit européen est d'ailleurs très forte lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Cette dernière a perdu son caractère fondamentalement national<sup>922</sup>. La Cour EDH exerce un contrôle lorsque l'ordre public risque de porter atteinte aux droits fondamentaux. La conséquence peut être une éventuelle interdiction de recourir à l'exception d'ordre public. C'est notamment le cas lorsque l'exception d'ordre public contrevient à l'identité de l'enfant, comme l'illustre les affaires *Menesson* et *Labassée*.

Sous cet aspect, et ainsi que le suggère un auteur<sup>923</sup>, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de *kafala* pourrait être une source d'inspiration intéressante. Une lecture moins exigeante de l'article 8 de la Convention EDH pourrait en découler. Cet article impose aux Etats d'assurer une certaine continuité de la vie familiale préexistante. Mais cette continuité peut se dérouler de façon équivalente et non nécessairement identique à l'ordre juridique d'origine. Cette idée d'équivalence de la vie familiale pourrait être reprise et appliquée en matière de gestation pour le compte d'autrui. L'ordre juridique français devrait alors permettre à une vie familiale d'exister, alors même que la filiation juridique de l'enfant ne serait pas reconnue<sup>924</sup>.

L'articulation de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant avec l'ordre public, particulièrement complexe en cas de GPA, doit dès lors être approfondie.

---

<sup>918</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 6 avril 2011, n° 10-19053, n° 09-17130 et n° 09-66486, arrêts précités.

<sup>919</sup> Sur cette reconnaissance sélective, v. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Dans les limbes du droit – à propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, *op. cit.*

<sup>920</sup> Ces standards pourraient d'ailleurs être définis dans une convention internationale portant sur la maternité de substitution.

<sup>921</sup> S. Bollée, La gestation pour autrui en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 225.

<sup>922</sup> V. du point de vue du droit allemand : C. Thomale, Mietmutterchaft : *Eine international-privatrechtliche Kritik*, Mohr Siebeck, 2015.

<sup>923</sup> P. Hammje, *op. cit.*, p. 156, n° 20.

<sup>924</sup> *Ibid.*

## **B. L'intérêt supérieur de l'enfant et l'ordre public à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui**

La question des effets de conventions de gestation pour le compte d'autrui valablement conclues à l'étranger conduit, sous l'éclairage de l'état des lieux réalisé ci-dessus, à s'interroger sur l'interférence de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le raisonnement mis en œuvre.

Un auteur fait observer, sur le sujet, que les juridictions européennes sont partagées entre le respect de l'ordre public et l'intérêt supérieur de l'enfant placé dans la situation ainsi créée<sup>925</sup> : « si l'on se penche sur les solutions pratiquées en France en les comparant à celles d'autres Etats européens dont le droit national n'autorise pas les maternités pour autrui, on constate une rigueur commune, parfois tempérée dans l'intérêt de l'enfant grâce à une reconnaissance partielle de son état civil étranger ou à la possibilité d'une adoption par les parents d'intention ».

Un élément n'est toutefois pas toujours mis en évidence avec suffisamment de netteté dans les commentaires et raisonnements mis en œuvre : la réponse à la question posée dépend alors du mode d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'absence de définition précise de l'intérêt supérieur de l'enfant donne lieu à des appréciations divergentes de cette notion, notamment dans le cadre de conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui. Or, l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être articulée avec l'application des règles d'ordre public en la matière<sup>926</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié abstraitement, permet une application stricte des règles d'ordre public (1). L'appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant conduit, en revanche, à une application atténuée de ces règles (2).

### **1. L'appréciation globale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant et l'application stricte des règles d'ordre public**

La France est signataire de conventions internationales prohibant toute forme de trafic d'êtres humains, notamment d'enfants. L'article 35 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant, à laquelle est partie la France, prévoit que : « *Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées sur le plan national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelques fins que ce soit et sous quelque forme que ce soit* ». Pour certains auteurs<sup>927</sup> et pour le Parlement européen<sup>928</sup>, la question de la « régularisation » des conventions de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui au détriment de l'application stricte de l'ordre public participerait au trafic de mères et d'enfants. Régulariser la situation

---

<sup>925</sup> F. Granet-Lambrechts, Maternité de substitution, filiation et état civil, Panorama européen, *Dr fam.*, 2007, étude 44 ; *Ibid.*, La gestation pour autrui dans les législations européennes, in *La complémentarité des sexes*, éd. Mare & Martin, 2014.

<sup>926</sup> Nous retiendrons la conception générale de l'ordre public qui renvoie non seulement à l'ordre public interne mais aussi à l'ordre public international.

<sup>927</sup> M.-A. Frison-Roche, L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution, *D.* 2014, p. 2184 ; M. Fabre-Magnan, Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot, *D.* 2014, p. 491 ; J. Hauser, Maternité pour autrui : un enfant « à façon » ou l'heure de vérité ? *RTD. civ.* 2012, p. 304 ; A. Mirkovich, Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger, *JCP éd. G*, n°39, 23 sept. 2013, 985.

<sup>928</sup> Résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes (2010/2209/INI), spéc. art. 21, *préc.*

d'un enfant desservirait l'intérêt supérieur de l'enfant en général et priverait l'enfant de la protection que la loi leur assure contre les achats d'enfants et autres trafics. L'idée est que, en amont, l'enfant n'a pas intérêt à faire l'objet de conventions l'exposant, d'une part, à la souffrance d'une séparation organisée et précoce d'avec celle qui l'aura porté et, d'autre part, à l'éventualité d'un refus de la mère porteuse qui pourrait décider de le garder avec elle<sup>929</sup>.

De récentes décisions au fond appliquent la règle d'ordre public pour annuler l'acte de naissance de deux enfants nés de mères porteuses à l'étranger<sup>930</sup>.

L'appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant fonde une application stricte des règles d'ordre public. Apprécié globalement, l'intérêt supérieur de l'enfant fonde le refus de retranscrire l'acte étranger de naissance dans les registres d'état civil. La dimension globale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait l'emporter dans un contentieux et faire pencher l'analyse en faveur d'une application stricte des règles d'ordre public. Une partie de la doctrine se montre favorable à une appréciation globale et abstraite des faits en matière de conventions de mères porteuses. Selon Madame Fabre-Magnan, la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant est un mythe car « *quelles que soient les circonstances de fait, on dira de façon générale et donc abstraite que la transcription est dans l'intérêt de l'enfant, alors qu'une analyse concrète supposerait de s'interroger au cas par cas et conduirait donc à des conclusions différentes selon les cas* »<sup>931</sup>.

Un auteur<sup>932</sup> relève encore que la question de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être posée en amont : « *est-il de son intérêt d'être traité comme un produit que l'on commande ou que l'on cède ?* ». Dans cette optique, une appréciation concrète partielle serait préjudiciable, en l'occurrence, à tous les enfants<sup>933</sup>. Elle aboutirait à poser comme principe que l'intérêt supérieur de l'enfant est de bénéficier d'une transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte établi à l'étranger, l'interdiction des conventions de mère porteuse se trouvant dès lors vidée de son sens<sup>934</sup>. Selon Jean Hauser, « *s'abriter derrière cet intérêt supérieur, c'est le galvauder et le pervertir. Les parents (...) savaient fort bien ce qu'ils faisaient, avaient les moyens, notamment financiers, de le faire et, sous prétexte de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est en réalité l'intérêt des parents qui est ainsi satisfait* »<sup>935</sup>.

La prise en compte de l'intérêt de l'enfant apprécié globalement au vu de la convention de mère porteuse produit encore aujourd'hui des effets. La solution précitée de 2015<sup>936</sup> n'entraîne pas une validation automatique des effets des conventions valablement conclues à l'étranger. Deux décisions de la cour d'appel de Rennes viennent l'illustrer : la cour décide le 28 septembre 2015<sup>937</sup> d'annuler l'acte de naissance de deux enfants nés de mère porteuse à l'étranger. En

---

<sup>929</sup> C. Brunetti-Pons, Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements, *RLDC*, nov. 2013, p. 44.

<sup>930</sup> Rennes, 6<sup>e</sup> ch. A, 28 sept. 2015, n°14/05537, n° 491, *JurisData* n° 2015-021765 ; Rennes, 6<sup>e</sup> ch. A, 28 sept. 2015, n°14/07321, n°492, *JurisData* n°2015-021767.

<sup>931</sup> M. Fabre-Magnan, Le refus de la transcription : La Cour de cassation gardienne du droit, *D.*, 2013, p. 2384.

<sup>932</sup> *Ibidem*.

<sup>933</sup> M. Fabre-Magnan, Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, *D.* 2015, p. 224.

<sup>934</sup> M. Fabre-Magnan, Le refus de la transcription : La Cour de cassation gardienne du droit, *loc. cit.*, p. 2384 ; F. Bellivier, C. Noiville, Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? *RLDC*, 2008/2, p. 545.

<sup>935</sup> J. Hauser, Gestation pour autrui : suite, *RTD civ.*, 2010, p. 317.

<sup>936</sup> Cass. A.P., 3 juil. 2015, n°14-21323 ; 15-50002. *D.* 2015, 1438, obs. I. Gallmeister, 1481, édito. S. Bollée, et 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2015, 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *JCP G* 2015, 1614, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2015-7, 8/23, M.-C. Le Boursicot ; *RJPF* 2015-9/20, I. Corpart ; *LPA* 2015, n°142, p. 9, note G. Hilger, *LPA* 2015, n° 201, p. 6, note M.-A. Frison-Roche.

<sup>937</sup> Rennes, 6<sup>e</sup> ch. A, 28 sept. 2015, n°14/05537, n° 491, *JurisData* n° 2015-021765 ; Rennes, 6<sup>e</sup> ch. A, 28 sept. 2015, n°14/07321, n°492, *JurisData* n°2015-021767.

l'espèce, l'annulation est fondée sur l'article 47 du Code civil qui prévoit que : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Les juges relèvent que les actes de naissance ne reflètent pas la vérité quant à la filiation maternelle. Précisément, dans ces actes, la mère de l'enfant désignée est l'épouse du père biologique alors même qu'elle n'a pas accouché de l'enfant. Les juges du fond décident alors que : « *les actes de naissance ne font pas foi* ».

Un tel raisonnement tient à ce que, dans le revirement de jurisprudence opéré par l'assemblée plénière de la Cour de cassation par les deux arrêts du 3 juillet 2015, il est relevé : « *les juges du fond n'avaient pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité* ». En l'occurrence, le père désigné dans l'acte de naissance (père d'intention) était également le père biologique des enfants.

Toutefois, les arrêts du 3 juillet 2015 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation consacrent par ailleurs une appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant, suivant en cela la jurisprudence européenne, avec pour effet une application atténuée des règles d'ordre public.

## **2. L'appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant et l'application atténuée des règles d'ordre public**

L'appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant s'est imposée peu à peu en jurisprudence. L'avocat général Marc Domingo remarque le tiraillement des juges entre les deux modes d'appréciation des faits dans les affaires relatives aux conventions de mère porteuse en ces termes : « *puisque'il faut se résoudre à un choix, je considère pour ma part qu'il est préférable d'adopter un point de vue réaliste, correspondant aux situations concrètes, fussent-elles le résultat du fait accompli stigmatisé (par certains auteurs), plutôt que de se retrancher derrière le dogmatisme, si typiquement français, des standards généraux et des symboles abstraits dont il reste à démontrer qu'ils ont suffisamment de vigueur dissuasive pour endiguer avec efficacité le flot (bien modeste numériquement parlant) de la demande de mères porteuses. Cette approche privilégie donc les enfants qui existent et non ceux qui sont en puissance de venir au monde, en essayant d'ajouter une injustice à un désordre dont ils ne sont pas responsables* »<sup>938</sup>. L'avocat général se positionne en faveur d'une appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il met en avant l'intérêt concret immédiat des enfants nés de mères porteuses. En l'occurrence, l'intérêt supérieur des enfants serait de bénéficier d'une transcription à l'état civil français de l'acte de naissance étranger établi dans un Etat autorisant les conventions de mères porteuses.

Dans cette analyse, les enjeux de la reconnaissance de l'acte de naissance étranger à l'état civil français seraient essentiellement d'ordre pratique<sup>939</sup>. Il s'agirait d'obtenir des facilités dans les démarches administratives ou encore scolaires, mais aussi d'assurer la qualité de légataire des enfants dans la succession de leur parent. Des auteurs font observer à cet égard que

---

<sup>938</sup> M. Domingo, Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille, *Gaz. Pal.*, 12 mai 2011, n° 132, p. 13.

<sup>939</sup> E. Viganotti, Les enfants issus de mères porteuses étrangères ne doivent pas être privés d'état civil français : les arrêts *Mennesson* et *Labassée* de la CEDH, *Gaz. Pal.*, juil. 2014, n° 105, p. 12.

« l'impossibilité de posséder des actes de l'état civil français peut très vite devenir un enfer »<sup>940</sup>. Il n'y a pas toutefois que des éléments pratiques en jeu : l'enfant a droit à une nationalité et à une identité (CIDE). L'accent peut être mis sur ces droits<sup>941</sup>, qui ont leur importance, et les enfants n'ont pas à subir les conséquences des fautes de leurs parents<sup>942</sup>.

L'appréciation concrète partielle a été consacrée en droit français à la suite des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans un premier temps, c'est la circulaire du 25 janvier 2013<sup>943</sup> qui, s'agissant du droit français, a autorisé les greffiers à délivrer un certificat de nationalité française au profit d'enfants nés de convention de mère porteuse<sup>944</sup>. Par deux arrêts du 26 juin 2014<sup>945</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme s'est ensuite positionnée en faveur de la délivrance d'un tel certificat. La Cour EDH constate que : « *les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Est donc soulevée en l'espèce la question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* ». La Cour européenne décide alors qu'un certificat de nationalité française doit être délivré « *étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence* ». La place de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans la motivation, doit être soulignée.

La balance des intérêts en présence constitue un outil précieux pour la Cour européenne des droits de l'homme, notamment pour vérifier que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale, conformément à l'article 3§1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant. Il s'agit en l'occurrence d'articuler trois types d'intérêts : l'intérêt de

---

<sup>940</sup> H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », préc.

<sup>941</sup> C. Brunetti-Pons, Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements, *loc.cit.*, p. 43 : « *La question de l'atteinte à l'ordre public peut être ainsi posée sous un autre angle, celui des droits de l'enfant. Il n'est pas certain en effet que la CIDE permette aujourd'hui de priver un enfant de la transcription sur les actes d'état civil de sa filiation biologique, en l'occurrence de sa paternité (...)* ».

<sup>942</sup> J.-P. Marguénaud, La revalorisation de l'intérêt supérieur de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui, *RTD civ.*, 2014, p. 835.

<sup>943</sup> Circ. 25 janv. 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française - convention de mère porteuse - Etat civil étranger, NOR : JUSC1301528C, BOMJ n° 2013-01, voir notamment J.-R. Binet, Circulaire Taubira – Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes, *JCP éd. G* 2013, act. 161 ; I. Corpart, La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui, *RJPF* 2013-3/30 ; N. Mathey, Circulaire Taubira – Entre illusions et contradictions, *JCP G* 2013, act. 162 ; C. Neirinck, La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi, *Dr. fam.*, 2013, comm. 42.

<sup>944</sup> C. Brunetti-Pons, Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements, *RLDC*, nov. 2013, n°109, p. 41 ; F. Granet-Lambrechts, Droit de la filiation, *D.* 2013, p. 1436 ; N. Mathey, Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions, *JCP G.* 2013, 162 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 42, obs. C. Neirinck ; *RJPF* 2013-3/34, obs. I. Corpart.

<sup>945</sup> CEDH, 5<sup>e</sup> sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, *D.* 2014, 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.* 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, 635, obs. J. Hauser.



l'enfant, l'intérêt des parents et celui de l'ordre public<sup>946</sup>. Cette méthode de la balance des intérêts implique de rechercher un équilibre entre ces trois intérêts tout en veillant à la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon la Cour de Strasbourg, l'Etat français n'a pas suffisamment ménagé cet équilibre à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle relève alors que le respect de la vie privée des enfants n'a pas été pris en considération, la vie privée exigeant que « *chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain* ». Le raisonnement de la Cour européenne repose sur une appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'occurrence, l'appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant entraîne une application atténuée des règles d'ordre public et donc la transcription des actes de naissances étrangers sur les registres de l'état civil français<sup>947</sup>.

Le même raisonnement a été repris dans la décision du Conseil d'Etat du 12 décembre 2014<sup>948</sup> en ces termes : « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit* ».

L'appréciation concrète et partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant conduit, en l'occurrence, à permettre la transcription des actes de naissance étrangers sur les actes d'état civil français. La portée de la règle d'ordre public posée en droit français à l'article 16-7 du Code civil s'en trouve atténuée. Une partie de la doctrine<sup>949</sup> se pose la question de savoir si « *le droit au respect de la vie privée de l'enfant oblige ou non à consacrer juridiquement la situation de fait dans laquelle il vit* ».

Toutefois, la décision de 2015 se limite<sup>950</sup> à la transcription des actes de naissance étrangers portant reconnaissance d'une filiation paternelle biologique<sup>951</sup>. De manière générale, la doctrine s'accorde à reconnaître que les arrêts du 3 juillet 2015 font une lecture *a minima* des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. L'appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant n'en permet pas moins un infléchissement non négligeable des règles d'ordre public, ce qui n'est pas rien<sup>952</sup>. La solution serait, peut-être, de considérer que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit<sup>953</sup> être appréhendée en toutes ses dimensions<sup>954</sup>, pour ne pas conduire à des solutions qui fondent peu à peu « un droit à l'enfant ». C'est un peu ce à quoi abouti la décision d'Assemblée Plénière de 2015 en ce qu'elle permet la transcription sauf

---

<sup>946</sup> CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau Washington c. France*, req. n°39388/05, v. G. Hubert-Dias, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé*, th. dactyl., 2014, p. 341 et s.

<sup>947</sup> C. Neirinck, Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestion pour autrui ! *Dr. fam.*, sept. 2014, comm. 128.

<sup>948</sup> CE, 12 déc. 2014, n° 365779.

<sup>949</sup> F. Chénéde, Nullité de la transcription des actes d'état civil des enfants nées à l'étranger d'une gestation pour autrui, *AJ Fam.* 2010, p. 233.

<sup>950</sup> H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation, *D.* 2015, p. 1819.

<sup>951</sup> A. Gouttenoire, note sous arrêt. Convention de gestation pour autrui. Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, *JCP* éd. G. 2014, 877.

<sup>952</sup> H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, *loc. cit.*, *D.* 2015, p. 1819 ; I. Gallmeister, Gestation pour autrui : transcription des actes de naissance étrangers, *D.* 2015, p. 1819.

<sup>953</sup> J. Rubellin-Devichi, Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, *JCP* éd. G. 1994, I, n° 3739, p. 87.

<sup>954</sup> M. Fabre-Magnan, Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, *D.*, 2015, p. 224.

lorsqu'il y a violation claire de l'article 47 du Code civil. La Cour européenne des droits de l'homme affine de son côté la pesée des intérêts en concluant récemment à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention européenne dans le cas de l'affaire *Paradiso et Campanelli c/Italie*.<sup>955</sup> Le manque de clarté de notre droit positif en la matière conduit toutefois à souhaiter une position plus claire du droit français et une convention internationale sur le sujet.

## § 2. Le coût social des PMA-GPA

Les questions de financement public et de prise en charge de l'assistance médicale à la procréation sont des enjeux importants de politique nataliste dans de nombreux pays développés. Une utilisation facilitée des services d'AMP, notamment par une bonne couverture sociale des actes médicaux, doit pouvoir répondre correctement au problème humain et social de l'infécondité.

A la différence de certains pays voisins<sup>956</sup>, la prise en charge collective en France du coût de l'AMP et des enfants qui en sont issus, est bonne. L'AMP y est considérée comme une nécessité médicale mais dont le coût est non négligeable<sup>957</sup>, à court et à long terme.

A court terme, doivent en effet être pris en compte les frais occasionnés par le traitement, les interventions chirurgicales éventuelles, la ou les tentatives d'insémination ou de FIV, les hospitalisations, les honoraires, les déplacements du couple vers les centres de traitement, les arrêts de travail, etc. A long terme, les conséquences d'une éventuelle prématurité de l'enfant et des naissances multiples doivent être envisagées.

Le coût d'une naissance obtenue après AMP est difficile à évaluer. On calcule fréquemment le coût de la naissance obtenue après un traitement, sans prendre en compte celui des tentatives infructueuses. Il ressort malgré tout de quelques études, des données économiques intéressantes. Selon une étude américaine publiée en 2013, les grossesses multiples (avec naissance de triplets) coûtent près de vingt fois plus qu'une grossesse unique<sup>958</sup>. Cette

---

<sup>955</sup> CEDH, préc. 24 janv. 2017 ; sur cet arrêt, V. *infra* l'analyse de la jurisprudence européenne, Partie II, Chapitre II, Section II, § 2.

<sup>956</sup> C'est notamment le cas en Allemagne qui a renforcé les conditions d'accès à l'AMP et réduit les modalités de remboursement des actes médicaux : F. Furkel, Le corps féminin et la biomédecine en Allemagne, un vent d'espoir pour la femme malgré quelques signes d'instrumentalisation, in *Corps de la femme et biomédecine*, ss. la dir. de B. Feuillet-Liger et A. Aouij-Mrad, Bruylant, Droit bioéthique et société, 2013, p.7, spéc., p.12. V. également : Agence de biomédecine, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2014, p.29.

<sup>957</sup> Certaines études relèvent ainsi le chiffre de 300 millions d'euros au titre des dépenses liées à la prise en charge de l'AMP en 2013, sur un total de 180 milliards d'euros des dépenses de la branche maladie du régime général de sécurité sociale : A.-M. Leroyer, L'accès à l'assistance médicale à la procréation : quelles modalités ? in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, t. 57, Dalloz, 2014, p. 425, spéc., p.443.

<sup>958</sup> Healthcare Expenses Associated with Multiple Pregnancies versus Singletons in the United States, by Elkin V. Lemos, MD, PhD, Dongmu Zhang, PhD, Bradley J. Van Voorhis, MD, X. Henry Hu, MD, MPH, PhD, American Journal of Obstetrics & Gynecology, Volume 209, Issue 6 (December 2013), published by Elsevier : Après avoir analysé et comparé le coût des grossesses multiples par rapport à celui des naissances uniques, sur l'ensemble des femmes américaines âgées de 19 à 45 ans et ayant accouché au moins un enfant né vivant entre 2005 et 2010, les chercheurs constatent que 97% des naissances sont uniques. Dans 2,85% des cas, la mère donne naissance à des jumeaux et dans 0,13 % des cas, des triplés ou plus. Les grossesses avec naissance de jumeaux coûtent cinq fois plus que les grossesses avec naissance unique et près de vingt fois plus avec naissance de triplets. Les dépenses

augmentation des coûts de santé pour les naissances multiples est liée à l'augmentation de la morbidité maternelle, au recours plus fréquent à la césarienne, à la longueur de l'hospitalisation, notamment des nouveaux-nés dans une unité néonatale de soins intensifs.

Selon l'Agence de biomédecine, 143 778 tentatives d'AMP ont été recensées en 2014, regroupant les inséminations, les fécondations *in vitro* et les transferts d'embryons congelés avec gamètes et embryons de différentes origines<sup>959</sup>. Les enfants qui en sont issus, sont au nombre de 25 208, représentent 3,1% des enfants nés de la population générale cette année-là<sup>960</sup>. Un enfant sur 32 est donc issu d'AMP en 2014.

L'analyse sociale de l'assistance médicale à la procréation amène à exposer les conditions et modalités de la prise en charge par l'Etat des frais qu'elle génère. Pour ce faire, il y a lieu d'opérer une distinction selon que le mode de procréation médicalement assistée est pratiqué ou non en France. Les problématiques de droit social diffèrent en effet sur ce point.

### **A. Le coût social des modes de procréation médicalisés pratiqués en France**

Actuellement, la branche maladie couvre les risques liés à la maternité, la maladie, l'invalidité et le décès. La prise en charge financière de l'AMP suppose que les conditions d'accès posées par le Code de la santé publique soient réunies, notamment l'infertilité constatée de l'un des membres du couple (CSP, art. L. 2141-2).

A ce sujet, ouvrir l'accès de l'AMP aux couples de personnes de même sexe ou aux célibataires aura pour conséquence directe l'élargissement de la prise en charge financière aujourd'hui justifiée par la cause médicale de l'infertilité.

Sont ici exposées les principales dispositions de droit social qui encadrent la prise en charge par la sécurité sociale du processus d'AMP. Les conditions de prise en charge financière concernant la grossesse et la naissance de l'enfant ne sont pas envisagées puisqu'elles ne varient pas selon le mode de procréation.

**Régime d'autorisation d'absence destiné aux couples engagés dans un parcours d'assistance médicale à la procréation.** Récemment, la situation des salariés engagés dans un processus d'AMP s'est améliorée. L'article 87 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé permet en effet à la salariée de bénéficier conformément à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique « *d'une autorisation d'absence pour les actes médicaux nécessaires* » à la mise en œuvre de l'AMP. Le principe de non-discrimination à l'embauche lui est également étendu.

---

médicales varient en fonction de la multiplicité des naissances, soit 21.000 \$ pour une naissance unique et jusqu'à plus de 100.000\$ pour une naissance multiple.

<sup>959</sup> Agence de biomédecine, Rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaines en France, 2015 (consultable sur le site de l'Agence : <https://www.agence-biomedecine.fr/annexes/bilan2015/donnees/procreation/01-amp/synthese.htm>) : Pour 95% des AMP, les tentatives sont réalisées avec les gamètes des deux membres du couple. Dans 5% des cas, les tentatives utilisent des spermatozoïdes, des ovocytes ou des embryons issus de don.

<sup>960</sup> Ce taux augmente légèrement (2,6% en 2009, 2,7% en 2010, 2,9% en 2013) : Rapport de l'agence de biomédecine préc.

Le conjoint de la salariée ou son partenaire de Pacs ou la personne vivant maritalement avec elle peut, quant à lui, s'absenter pour se rendre à trois des examens médicaux obligatoires ou des actes médicaux nécessaires pour chaque protocole du parcours.

Ces absences n'entraînent aucune diminution de la rémunération et sont assimilées à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi que pour les droits légaux ou conventionnels acquis au titre de l'ancienneté dans l'entreprise.

**Conditions de prise en charge du traitement hormonal et des inséminations et des fécondations *in vitro* (prélèvement et implantation) par la Sécurité sociale.** Les actes médicaux (traitements de stimulation, contrôles de la stimulation, préparation du sperme, anesthésie, ponction ovarienne, fécondation au laboratoire, actes de laboratoire nécessaires à la croissance des embryons) sont pris en charge à 100 % jusqu'au 43<sup>ème</sup> anniversaire de la mère, dans certaines limites :

- 1 insémination artificielle par cycle, dans la limite de 6,
- 4 fécondations *in vitro*.

Ces techniques sont prises en charge à 100 % par l'assurance maladie, dès lors que le service médical qui en dépend a donné son accord exprès ou tacite, et dans certaines limites. S'agissant de la limitation du nombre de fécondations *in vitro* par la Sécurité sociale, cette règle repose jusqu'à présent sur un consensus de la communauté scientifique aux termes de travaux conduits notamment sous l'égide de la Haute autorité de santé (HAS), qui estime que l'échec de quatre FIV consécutives rend très aléatoire une grossesse ultérieure et qu'en outre, la réalisation d'une FIV après 43 ans peut s'avérer risquée pour la santé de l'éventuel enfant à naître.

Pour la FIV, l'accord de la caisse d'assurance maladie doit être obtenu avant chaque tentative. Les règles de comptabilisation sont les suivantes :

- Les FIV (ou ICSI) qui ne sont pas suivies de transfert d'embryons ne comptent pas pour une FIV.
- Les transferts ultérieurs d'embryons congelés en surnombre obtenus après une ponction pour FIV (ou ICSI) ne sont pas comptabilisés comme une tentative.
- Une FIV (ou ICSI) conduisant à une grossesse qui se termine par une fausse couche ou une grossesse extra utérine est comptabilisée pour une tentative.
- Une FIV (ou ICSI) conduisant à une grossesse qui se termine par la naissance d'un enfant permet une prise en charge d'une autre FIV pour une seconde grossesse, aux mêmes conditions que pour la première grossesse.

**Conditions de prise en charge du traitement hormonal et de la ponction effectuée sur la donneuse d'ovocyte.** Le médecin traitant de la patiente donneuse ou le médecin en charge de son suivi dans le cadre du don délivre un certificat de prise en charge et rédige le protocole de soins en mentionnant la prise en charge au titre des dons d'organes<sup>961</sup>. Le protocole est adressé au service du contrôle médical de la CPAM d'affiliation de la patiente. Le service du contrôle médical émet un avis favorable et un accord de prise en charge à 100% établi pour une durée de six mois.

---

<sup>961</sup> CSS, art. L. 322-3 ; CSP, art. L. 1112-2.

## **B. Le coût social des modes de procréation médicalisés pratiqués à l'étranger**

**Dispositif applicable.** La législation française a mis en œuvre des dispositifs paradoxaux.

*D'un côté*, un dispositif répressif à destination des praticiens-gynécologues :

La direction générale de la santé (DGS) a rappelé dans une lettre du 21 décembre 2012 adressée au Président du Conseil national de l'Ordre des médecins et transmise le 14 janvier 2013 à ses conseils départementaux que les gynécologues risquent 75 000 euros d'amende et cinq ans de prison s'ils donnent à leurs patientes des informations sur des cliniques étrangères dont les pratiques de PMA ne sont pas conformes à la législation française<sup>962</sup> ; en cause, le recours par des Françaises à des dons d'ovocytes rémunérés à l'étranger et les dérives qu'elle a repérées.

La ministre des Affaires sociales et de la Santé a abrogé en juillet 2016 cette lettre du 14 janvier 2013, interprétée comme pénalisant les gynécologues prenant en charge des patientes ayant bénéficié d'une AMP à l'étranger, au motif que l'on ne peut faire obstacle en France à un suivi médical pour une femme enceinte<sup>963</sup>.

*D'un autre côté*, un dispositif social protecteur à destination des femmes bénéficiant à l'étranger d'une AMP :

La Caisse primaire d'assurance-maladie prend en effet en charge les frais exposés dans le cadre des IAC, IAD et FIV réalisés à l'étranger.

Aux termes des articles R. 332-2 et 332-4 du Code de la sécurité sociale, les caisses d'assurance-maladie procèdent aux remboursements des frais des soins dispensés aux assurés sociaux et à leurs ayants droit dans un Etat membre de l'Union européenne dans les mêmes conditions que si les soins avaient été reçus en France.

Pour les AMP, l'autorisation de prise en charge des soins ne peut être refusée qu'à l'une des deux conditions suivantes : un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité peut être obtenu en temps opportun en France, compte tenu de l'état de santé du patient et de l'évolution probable de son affection ; les soins envisagés ne figurent pas parmi ceux dont la prise en charge est prévue par la réglementation française.

Pour cette prise en charge, les textes n'exigent pas que le recueil, le traitement, la conservation et la cession des ovocytes soient effectués selon un protocole identique à celui en France ni que les soins utilisent les mêmes techniques.

Le Centre National des Soins à l'Etranger (CNSE) instruit les demandes d'entente préalable de soins à l'étranger dans le cadre des procédures d'AMP. Pour l'année 2015, le centre a reçu 1499 demandes d'accord préalable pour une PMA à l'étranger (soit 125 demandes par mois, 13% de plus qu'en 2014) dont 1265 ont été acceptées, ce qui représente moins de 1% des tentatives d'AMP en France. Sur les 234 refus, 110 concernaient des demandes de soins non inclus dans la législation française, et 2 cas concernaient des demandes pour lesquelles le traitement était

---

<sup>962</sup> Lettre disponible à l'adresse suivante : <http://www.fiv.fr/legislation-francaise-don-ovocyte-etranger/>

<sup>963</sup> Dans une lettre adressée au Président de l'Ordre des Médecins, la ministre a réaffirmé que si les médecins devaient naturellement se conformer à leurs obligations légales et déontologiques lorsqu'ils accompagnent les femmes dans leur désir de grossesse, rien ne pouvait faire obstacle à la prise en charge des femmes ayant eu recours à une AMP dans un pays étranger : Communiqué de presse disponible à l'adresse suivante : <http://www.marisoltouraine.fr/2016/07/procreation-medicalement-assistee-pma-a-letranger-marisol-touraine-reaffirme-le-droit-au-meme-suivi-medical-pour-toutes-les-femmes-enceintes/>

possible en France « dans un délai médicalement acceptable ». Les autres dossiers étaient « incomplets ».

Plus de la moitié (50,2%) des assurées « avaient 40 ans ou plus au moment de leur AMP à l'étranger », et leur « probabilité d'obtenir une prise en charge d'une PMA réalisée en France avant l'âge de 43 ans était faible, voire nulle, compte tenu des délais d'attente observés dans les CECOS », précise le CNSE.

Dans 68 % des cas, les actes ont été effectués en Espagne, suivie de la République Tchèque (22%), la Grèce (4%) et la Belgique (3,5%). Pour les autres dossiers, les AMP ont été réalisées en Allemagne, Portugal, Suisse, Luxembourg, Estonie, Nouvelle Zélande, Royaume Uni, Autriche, Chypre, Danemark, Inde et Malaisie.

Au total, les patientes ont dépensé près de 6 millions d'euros, dont 32% ont été remboursés soit près de 2 millions d'euros<sup>964</sup>.

**Recensement de la jurisprudence.** Un recensement des décisions judiciaires rendues entre janvier 2004 et novembre 2016 a été opéré, notamment sur la base *Juris-Data*. Dix décisions ont été retenues. La plupart d'entre elles ont été rendues après 2010 et portent sur la question de la prise en charge par la Caisse primaire d'assurance maladie des frais générés par une fécondation *in vitro* avec don d'ovocytes effectuée à l'étranger.

Pour les FIV pratiquées en France, deux décisions de la Cour de cassation ont statué sur la prise en charge par la Caisse d'assurance-maladie de soins engagés dans le cadre d'une 5<sup>ème</sup> et d'une 6<sup>ème</sup> tentative de fécondation *in vitro* et ont rappelé les conditions de prise en charge, notamment lorsque les tentatives multiples de FIV ont été ponctuées d'une grossesse suivie ou non de la naissance d'un enfant<sup>965</sup>.

Pour les FIV pratiquées à l'étranger, les décisions, principalement rendues par des Cours d'appel, jugent des faits assez similaires<sup>966</sup> : dans la mesure où le don d'ovocytes est subordonné en France à un délai d'attente qui réduisent les chances de succès de traitement de femmes âgées (à la limite d'âge prévu par le dispositif<sup>967</sup>), ces dernières se rendent à l'étranger afin de bénéficier à court terme d'un don d'ovocyte et de pratiquer sur place une FIV. Dans une majorité de décisions, la Caisse primaire d'assurance-maladie a été condamnée à prendre en charge les soins exposés à l'étranger par l'assurée. La décision du refus préalable de prise en charge est généralement jugée injustifiée notamment lorsqu'elle exigeait une identité de protocole comme condition supplémentaire à celles prévues par les textes précités<sup>968</sup>.

Pour la gestation pour le compte d'autrui, aucune décision judiciaire n'a été rendue à notre connaissance, sur la prise en charge par la Sécurité sociale d'un protocole de soins pratiqué en France ou l'étranger sur la donneuse d'ovocytes ou la femme sur laquelle les embryons obtenus sont implantés (« mère-porteuse »).

---

<sup>964</sup> CNSE, Rapport d'activité 2015, pp. 51-54 ; IGAS, Rapport n°2015-170R - IGF n°2015-M-096, Annexe 5, pp. 112-113.

<sup>965</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 3 juillet 2008, n°07-12.944, *Juris-Data* 2008-044651 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mai 2010, n°09-12.869, *Juris-Data* n°2010-007380.

<sup>966</sup> Caen, 27 avril 2012, n°10/00362, *Juris-Data* 2012-023055 ; Amiens, 7 mai 2013, n°12/03163, *Juris-Data* 2013-010336.

<sup>967</sup> Paris, 17 octobre 2013, n°10/11141, *Juris-Data* 2013-030845 : en l'espèce, la Cour d'appel a jugé que la demande de prise en charge de soins programmés en Belgique par une assurée de 44 ans ne pouvait prospérer. Par ailleurs, la prise en charge au profit de l'intéressée de soins de même nature avant l'âge de 43 ans ne vaut pas autorisation pour la période postérieure.

<sup>968</sup> Rennes, 3 mars 2010, 08/03527, *Juris-Data* 2010-005018.

En revanche, dans deux arrêts du 18 mars 2014<sup>969</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que la femme qui devient (légalement) mère à la suite d'une convention de gestation pour autrui, ne peut invoquer le bénéfice des dispositions européennes relatives au congé maternité, au motif que celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'aux travailleuses ayant été enceintes ou accouché.

Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si le parent d'un enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui peut bénéficier de la majoration de quatre trimestres par enfant pour éducation résultant de l'article 351-4 du Code de la sécurité sociale. Un jugement rendu par le Tribunal des affaires sociales de sécurité sociale saisi par un homme âgé de 62 ans demandant la validation de trimestres de majoration pour avoir élevé seul ses enfants jumeaux issus d'une gestation pour autrui pratiquée aux Etats-Unis, a rejeté la demande au motif qu'elle a été effectuée tardivement. Le Tribunal a relevé que l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait être invoqué à l'appui de la demande.

## **Section II. La filiation et les pratiques de « droit à l'enfant »**

La question du statut juridique de l'enfant né dans le cadre des pratiques recensées<sup>970</sup> est délicate et peu explorée. La pratique est promue, voire utilisée, en dépit d'interdictions d'ordre public. Pour autant, l'enfant a droit à un statut juridique (Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant<sup>971</sup>) : il a droit à un nom, une nationalité, une identité etc, (...). Comment mettre en œuvre ces droits face à une situation constituée en violation d'une règle d'ordre public destinée à le protéger ? La réponse à la question croit en complexité selon qu'il est question d'AMP (Sous-section 1), de GPA (Sous-section 2) ou de transsexualisme (Sous-section 3).

### **Sous-section I. Le statut des enfants face aux pratiques d'assistance médicale à la procréation**

Parmi de nombreux questionnements face au « droit à l'enfant », le regard porté sur l'enfant issu des techniques reproductives lui-même est essentiel. Il est pourtant souvent oublié tandis qu'il est, au contraire, au centre des débats relatifs à l'adoption car, par hypothèse, il prend place à l'état de projet. Ce sont les futurs parents qui sont entendus et d'ailleurs sont les patients des gynécologues et autres praticiens. Néanmoins, si l'on programme sa naissance, il paraît primordial de réfléchir aussi à son sort et à ses droits.

Dès lors, il s'agit de savoir si le droit français doit reconnaître des situations familiales résultant de toutes les fécondations obtenues en violation des règles juridiques françaises, alors que les techniques évoluent sans cesse, ce qui nous amènera à rappeler les droits de l'enfant né en France dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation pratiquée en toute légalité, en

---

<sup>969</sup> CJUE, 18 mars 2014, *CD. v. ST.*, C-167/12 et CJUE, 18 mars 2014, *Z. v. A Government Department*, C-363/12 (§.37 : « Il découle de ce qui précède que l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de l'article 8 de la directive 92/85 suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant ». V. à ce sujet : S. Hennette Vauchez, Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne, *La revue des droits de l'homme*, [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 mai 2014, consulté le 07 décembre 2016. URL : <http://revdh.revues.org/653>

<sup>970</sup> *Supra* pages 106 et s.

<sup>971</sup> *Infra* pages 262 et s.

recherchant si le statut de l'enfant né grâce à certaines dérives médicales subit les répercussions des choix parentaux.

## **§ 1. Le statut juridique de l'enfant né dans le cadre légal de l'assistance médicale à la procréation**

Une assistance médicale à la procréation peut être programmée avec ou sans donneur, ce qui influe sur la situation juridique de l'enfant.

### **A. Le sort des enfants nés d'une AMP endogène**

La seule difficulté juridique que l'on rencontre lorsqu'est programmée une AMP avec les gamètes des époux ou concubins tient au devenir des éventuels embryons surnuméraires du couple. Par suite de la stimulation ovarienne, les époux ou concubins peuvent détenir un nombre important d'embryons et consentir par écrit à leur conservation en vue de réaliser ultérieurement leur projet parental, soit en cas d'insuccès de la réimplantation de la première série d'embryons, soit pour avoir d'autres enfants (CSP, art. L. 2141-3, al. 2). Ils sont consultés ensuite tous les ans pour indiquer si leur « projet parental <sup>972</sup> » est ou non toujours d'actualité (CSP, art. L. 2141-4, I). S'ils y renoncent, ou si l'un d'entre eux décède, les embryons peuvent être accueillis par un autre couple, faire l'objet d'une recherche ou être détruits (CSP, art. L. 2141-4, II). Ces embryons, qui sont seulement des enfants potentiels, n'ont eux-mêmes aucun droit, faute de personnalité juridique. Aucun « droit à l'enfant » ne permet non plus à l'un des géniteurs de revendiquer isolément la poursuite d'un projet conçu à deux.

Une fois que la grossesse a commencé, le fait que l'enfant issu des gamètes des époux ou concubins naisse grâce à l'aide de la science n'a plus aucune incidence. En effet, c'est alors le droit commun de la filiation qui s'applique, puisque l'enfant est issu biologiquement du couple et que la filiation juridique coïncide avec la filiation biologique. Le recours à l'assistance médicale à la procréation n'a pas à être porté à la connaissance de tiers et il n'a aucune répercussion sur le statut de l'enfant. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que les articles 311-19 et 311-20 du Code civil sont spécifiques à la procréation médicalement assistée avec donneur et qu'ils ne sont pas applicables à des actions en justice concernant des enfants nés sans recours aux gamètes de tiers, seul le droit commun ayant vocation à s'appliquer<sup>973</sup>.

### **B. Le sort des enfants nés d'une AMP exogène**

Les difficultés tiennent au fait que, par choix du législateur, le statut juridique de ces enfants ne correspond pas à leur héritage génétique. En effet, depuis 1994, leur filiation s'établit comme celle des enfants nés de manière naturelle, selon qu'ils sont issus d'un couple marié ou qu'ils

---

<sup>972</sup> V. Glossaire.

<sup>973</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 mars 2016, n° 15-13.427, *D.* 2016. 977, obs. I. Gallmeister, note F. Viney ; *JCP G* 2016, 532, note J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2016. 212, obs. M. Saulier ; *RJPF* 2016-5/24, obs. T. Garé. *Adde* E. Supiot, La PMA de complaisance aux prises avec le droit commun, *RJPF* 2016-6/27.



sont nés hors mariage<sup>974</sup>. Le législateur a toutefois posé plusieurs principes pour protéger l'enfant et sa famille.

## 1. Le principe de l'exclusion de tout lien entre l'enfant et les tiers donneurs

Conformément à l'article 311-19 du Code civil, il est totalement interdit d'établir un lien de filiation entre l'enfant et le donneur de gamètes<sup>975</sup>. Même si le principe de l'anonymat était bafoué<sup>976</sup> et que l'identité d'un donneur soit révélée, ce dernier ne pourrait pas faire établir sa maternité ou sa paternité et inversement, l'enfant ou son autre géniteur ne pourrait pas intenter en justice d'action aux fins d'établissement de la filiation. Il en irait de même si le secret de l'identité du couple à l'origine de l'embryon accueilli par un autre couple se trouvait levé (le texte ne vise pas cette hypothèse mais il y a tout lieu de le mettre en œuvre également en ce cas). Les donneurs et géniteurs ne peuvent en conséquence revendiquer aucun « droit à l'enfant » pour créer de nouveaux liens juridiques. Inversement, aucune action en responsabilité ne peut être intentée contre eux, notamment en invoquant la mauvaise qualité du patrimoine génétique transmis. Corrélativement, l'enfant se trouve privé de son droit aux origines (CIDE, art. 7-1), ce qui est parfois discuté<sup>977</sup>.

## 2. Le principe de l'établissement obligatoire de la filiation

La particularité du statut des enfants issus de l'AMP tient au choix du législateur de faire application des mécanismes classiques du droit de la filiation, sans tenir compte de la vérité biologique. Ainsi, la femme qui va accoucher sera la mère de l'enfant (sauf si elle accouche sous le secret, privant ainsi son époux ou concubin de tout droit sur l'enfant dont ils avaient pourtant programmé ensemble la naissance) et l'acte de naissance mentionnera son identité même si elle a pu mettre au monde l'enfant grâce à un don d'ovocyte ou en accueillant un embryon. C'est bien, en droit français, la femme qui accouche qui est la mère de l'enfant (C. civ., art. 311-25). Si celle-ci est mariée, par le jeu de la présomption de paternité, la filiation paternelle est automatiquement établie même si l'enfant naît grâce à un don de sperme ou à l'accueil d'un embryon. Hors mariage, il faut que le concubin reconnaisse l'enfant, ce qu'il peut faire en ce cas<sup>978</sup>, sans en être le géniteur<sup>979</sup>.

Il pourrait arriver que la filiation ne soit pas établie volontairement par les porteurs du projet parental. Le législateur prévoit alors que l'on agisse en justice. Une action en recherche de maternité serait envisageable en cas d'accouchement sous le secret (C. civ., art. 325), ainsi

---

<sup>974</sup> F. Granet, Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes : dispositions spéciales, in P. Murat (sous la dir. de), *Droit de la famille*, Dalloz Action 2016, n° 215.

<sup>975</sup> Et l'identité du donneur ne peut pas être révélée, le Conseil d'Etat ayant rappelé récemment la légalité du droit au secret imposé en cas de PMA : CE, 12 nov. 2015, n° 372121, *AJDA* 2015. 2175, D. 2016. 752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2015. 639, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2016, étude 1, J.-R. Binet ; *JCP G* 2016. 62, note A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2016. 334, obs. J. Hauser.

<sup>976</sup> Ce qui est plus fréquent lorsque les parents se sont rendus à l'étranger.

<sup>977</sup> V. *Supra*, introduction générale, spéc., pages 19 et s.

<sup>978</sup> En dehors du cas de l'AMP, une reconnaissance mensongère est aussi envisageable mais elle pourrait ultérieurement être contestée, ce qui n'est pas le cas pour l'acte émanant du concubin stérile.

<sup>979</sup> L'établissement de la filiation paternelle par la possession d'état (C. civ., art. 317) n'est pas à exclure, mais on peut penser que, dans le contexte de cette naissance particulière, le concubin fera des démarches officielles.

qu'une action en rétablissement de la présomption de paternité à l'encontre d'un homme marié ou qu'une action en recherche de paternité à l'encontre du compagnon de la mère. Pour ce dernier, l'article 311-20, alinéa 5 du Code civil a expressément prévu l'hypothèse du refus de l'homme de tenir ses engagements alors qu'il avait porté un projet procréatif avec la mère. Ce texte ouvre en effet à cette dernière, au nom de l'enfant, une action en recherche de paternité, la paternité de son compagnon étant judiciairement déclarée au regard de l'engagement pris dans le cadre de l'AMP, alors que, par principe, il n'est pas le géniteur de l'enfant. Tout test ADN est dès lors exclu. Il peut de plus être condamné à verser des dommages et intérêts à l'enfant et à sa mère.

### **3. Le principe de l'exclusion de toute action en contestation de la filiation**

Afin de protéger les enfants, le législateur a rendu leur filiation irrévocable. En effet, l'engagement pris par les futurs parents vis-à-vis de ces enfants conduit à verrouiller toute action en contestation de la filiation, tant maternelle que paternelle (C. civ., art. 311-20, al. 2). Une exception est toutefois prévue lorsqu'il peut être démontré que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

On notera cependant que si les membres du couple qui ont porté ce projet parental ne parviennent pas à élever l'enfant ensemble, il est toujours possible que l'un des parents légaux agisse sur le terrain de la contestation de la filiation et que l'autre n'invoque pas la fin de non recevoir susmentionnée et liée au consentement préalablement donné à l'AMP et au recours à un tiers donneur. Aucune mention des origines de l'enfant n'étant portée sur les registres d'état civil, le tribunal n'aurait aucun moyen de savoir qu'il est issu d'un donneur, partant il pourrait accueillir l'action en contestation de la filiation. S'il est vrai que la protection de l'enfant peut tomber dans ce cas, elle est encore plus fragilisée pour les enfants conçus hors de France.

## **§ 2. Le statut juridique de l'enfant né hors du cadre légal de l'assistance médicale à la procréation**

Toute la question est de savoir si ce montage juridique, donnant à l'enfant des parents légaux qui ne sont pas nécessairement ses parents biologiques, a vocation à s'appliquer aussi lorsque le projet procréatif s'est externalisé, mené au moins pour partie à l'étranger.

La grossesse se poursuit en effet généralement sur le territoire national après un voyage à l'étranger en quête de soutiens médicaux refusés localement ou de pratiques jugées illicites sur le territoire national. Telle est précisément l'observation faite communément pour les femmes ou couples de femmes. Toutefois, lors de la révision de la loi bioéthique de 2011, les autorités publiques n'ont pas jugé pertinent de revenir sur ce point afin d'éviter de remettre en cause toute la philosophie de la réglementation française et en particulier les interdictions frappant les personnes seules.

Le statut de ces enfants ne diffère en réalité guère de celui des enfants conçus grâce à des méthodes reconnues en France car le séjour à l'étranger demeure dans l'ombre<sup>980</sup>, le recours

---

<sup>980</sup> Selon l'expression de I. Corpart : *Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ?*, préc.

aux dons de gamètes ou leur achat se faisant en toute clandestinité. Rien ne laisse entrevoir dans l'état civil des intéressés les particularités qui président à leur naissance.

Il pourrait sembler inapproprié de transposer en la matière aux enfants les interdits frappant les parents et ce d'autant plus que le sort des enfants issus de la gestation pour autrui est au cœur d'un important revirement de jurisprudence<sup>981</sup>. L'encadrement légal des pratiques vise essentiellement les adultes et, au nom de l'intérêt de l'enfant, il est impossible de faire peser sur lui le poids de ces transgressions.

*A priori*, le tourisme procréatif n'interfère donc pas avec la situation juridique de l'enfant. Cependant, on peut se demander si sa filiation n'est pas fragilisée car, bien que né avec des gamètes extérieurs au couple, il ne bénéficie pas des fins de non recevoir posées par le législateur dans les articles 311-19 et 311-20 du Code civil, faute d'une AMP encadrée par la loi, aussi n'est-il guère protégé à terme.

#### **A. Le statut actuel des enfants nés hors du cadre légal de l'assistance médicale à la procréation**

Dans l'ensemble, le fait pour les parents d'avoir externalisé leur projet procréatif n'a pas d'incidence sur le statut de leurs enfants qui vont naître en France. En effet l'état civil ne traduit pas le parcours médical. Rechercher les circonstances entourant la procréation reviendrait à s'ingérer dans la vie privée de ces familles.

En cas d'AMP d'abord sans recours à des donneurs de gamètes, la maternité de la femme qui accouche sera établie par l'acte de naissance (C. civ., art. 311-25) et la paternité découlera du jeu de la présomption de paternité en cas de naissance dans le mariage (C. civ., art. 312) ou d'un acte de reconnaissance pour les pères non mariés (C. civ., art. 316).

Il pourra aussi s'agir de femmes ayant pu mener une grossesse après le décès de leur époux ou de leur concubin grâce à une fécondation obtenue avec des paillettes de sperme du défunt ou l'implantation d'embryons congelés. En pareille circonstance, l'établissement de la maternité ne posera aucun problème et, si la femme est mariée et si elle accouche avant l'écoulement d'un délai de trois cents jours après le décès de son mari, son défunt époux sera déclaré père de l'enfant. On ignorera quel stratagème elle aura utilisé et le sort de l'enfant sera identique à celui dont elle serait enceinte au moment de son veuvage. Par hypothèse, néanmoins, cette filiation sera ensuite inattaquable en raison du patrimoine génétique de l'enfant.

En cas de décès de son concubin, la situation sera plus délicate car l'expertise biologique qui serait fort utile dans le cadre de l'action en recherche de paternité (C. civ., art. 327) est compromise depuis la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. En effet, cette loi verrouille les expertises *post mortem* dans la mesure où l'exhumation du cadavre est désormais interdite par l'article 16-11 du Code civil dans les procès en matière de filiation, pour éviter les débordements de l'affaire *Montand*. La piste de la constatation de la possession d'état et de la délivrance d'un acte de notoriété (C. civ., art. 317), sera également difficile à suivre faute de projet de paternité officialisé.

---

<sup>981</sup> V. la jurisprudence précitée, spéc. Cass. A.P. 3 juillet 2015, *Supra*.

En cas d'AMP faisant cette fois participer des donneurs de gamètes, la situation de l'enfant sera identique, nul n'ayant connaissance de sa filiation génétique. Pour la mère, le fait d'accoucher après un don d'ovocyte n'a aucune incidence car la mère est bien la femme qui met l'enfant au monde, indépendamment de la réalité biologique. Son mari sera couvert par la présomption de paternité même s'il n'a pas procréé l'enfant et son concubin pourra parfaitement reconnaître l'enfant pour sien, y compris lors du don de spermatozoïdes ou de l'accueil d'un embryon.

En revanche les démarches d'époux de même sexe ne pourront pas conduire à rattacher l'enfant à deux parents à sa naissance. Pour un couple d'hommes, toute la question sera d'apprécier les suites de la gestation pour autrui<sup>982</sup> et pour un couple de femmes et au vu des avis de la Cour de cassation, précités, du 22 septembre 2014, seule une adoption pourra ultérieurement créer un lien de filiation avec l'épouse de la mère biologique<sup>983</sup>, le statut de l'enfant ayant en l'occurrence évolué en lien avec la loi du 17 mai 2013.

## **B. Le statut à venir des enfants nés hors du cadre légal de l'assistance médicale à la procréation**

Vu l'état actuel de droit applicable et de la jurisprudence, on peut sans doute écarter une remise en cause du lien de filiation pour fraude à la loi<sup>984</sup>. Cette piste avait été suivie en matière de gestation pour autrui mais, désormais, pour la Cour de cassation le seul fait de recourir à l'étranger aux services d'une mère porteuse, dans un pays qui accepte que la gestation pour autrui soit pratiquée, n'ouvre plus d'action sur le terrain de la fraude. En conséquence, il ne saurait être question d'opposer aux enfants issus de couples ou d'individus qui obtiennent à l'étranger, en toute légalité, une assistance médicale qui leur était refusée dans l'hexagone une fraude liée à un contournement des interdits français.

En revanche, ces enfants ne sont pas à l'abri d'une action en contestation de leur filiation paternelle. Pour la maternité, sans recours à une mère de substitution, aucune action en justice ne semble toutefois recevable puisque la femme qui a bénéficié de l'ovocyte de la donneuse a réellement mis au monde l'enfant et cet accouchement la rend mère juridiquement, à défaut de l'être génétiquement (C. civ., art. 311-25).

La question est plus délicate pour les pères lorsque les enfants sont nés d'un don de sperme ou par suite de l'accueil d'embryons. La non concordance entre la paternité légale et la paternité biologique pourra déboucher sur la contestation de la paternité du mari ou du concubin, sauf à admettre que l'article 311-20 du Code civil s'applique même lorsque les règles de l'AMP n'ont pas été respectées. Une telle analyse est, selon nous, à proscrire car les textes relatifs à la procréation médicalement assistée ne peuvent s'appliquer que lorsque le consentement préalable au don a été donné dans les formes. En conséquence, la situation de l'enfant est fragilisée et elle dépend pour l'essentiel de la bonne entente entre ses parents. Il faudra attendre que l'enfant ait cinq ans ou qu'il ait été reconnu depuis cinq ans pour que toute menace cesse de peser sur la tête d'un enfant qui serait élevé par le couple ayant programmé sa naissance. En effet, lorsque la possession d'état conforme au titre a duré cinq ans, nul ne peut plus contester

---

<sup>982</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section II, pages 124 et s et *infra* même partie sous-section 2, pages 212 et s ; adde I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères », préc.

<sup>983</sup> V. *Infra*.

<sup>984</sup> V. *Supra* analyse de droit international privé, même partie, Chapitre I, Section I, § 1, pages 183 et s.

la filiation (C. civ., art. 333), hormis du moins le ministère public pouvant, quant à lui, agir dans le cadre de la prescription décennale prévue par l'article 321 du Code civil.

Enfin, pour les enfants nés en France à la suite de l'insémination artificielle à l'étranger de leur mère mariée à une autre femme, une évolution notable de leur situation juridique est à signaler. En effet, l'épouse peut désormais demander à adopter l'enfant de sa conjointe, quand bien même le contournement de la loi française en matière d'AMP ne fait aucun doute<sup>985</sup>. En effet, la Cour de cassation, saisie pour avis par deux juridictions (TGI Avignon, pourvoi n° J 1470007 ; TGI Poitiers, pourvoi n° G 1470006) a rendu le 23 septembre 2014 deux avis, précisant que « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* »<sup>986</sup>. Selon le communiqué officiel de la Cour de cassation, le recours à l'adoption de l'enfant du conjoint malgré la programmation d'une insémination artificielle non autorisée en France est admis car « *le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* ». Toutefois, des ajustements sont envisageables et permettraient de ne pas priver corrélativement pour autant l'enfant de père. Inscrire à l'état civil un enfant comme né de deux mères pose problème, non seulement au regard des principes du droit de la filiation<sup>987</sup> (C. civ., art. 320), mais aussi sous celui des droits de l'enfant<sup>988</sup>.

## **Sous-section II. La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui**

Longtemps le débat juridique sur la gestation pour le compte d'autrui s'est concentré sur la mise en jeu de principes généraux pour en justifier l'interdiction<sup>989</sup> : l'indisponibilité de l'état des personnes et la non-commercialité du corps<sup>990</sup> de la femme, alors considérée comme un objet gestationnel. Il y a encore vingt ans, la gestation pour le compte d'autrui était surtout perçue et présentée comme un moyen, exceptionnel, de pallier l'infécondité d'un couple, soit parce que la femme stérile ne pouvait procréer soit parce qu'elle ne pouvait pas ou plus, sans risque pour sa santé ou celle de l'enfant à naître, assumer elle-même la gestation.

---

<sup>985</sup> De même, pour les couples non mariés, la mère peut avoir accordé une délégation partage de l'autorité parentale à sa compagne, toutefois en cas de rupture, ses droits peuvent être remis en question ; Caen, 10 mars 2016, n° 15/01208, *RJPF* 2016-5/29, obs. I. Corpart.

<sup>986</sup> Cass. avis, 22 sept. 2014, n° 15011 et 15010, *D.* 2014, 2031, note A.-M. Leroyer ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 337, p. 8, note C. Brunetti-Pons ; *RJPF* 2014-11/24, obs. T. Garé ; *RLDC* 2014/121, n° 5652, obs. M.-C. Le Boursicot ; *RLDC* 2014/120, n° 5624, obs. K. Ducrock-Pauwels ; *JCP G* 2014, doctr. 1004, note J. Hauser. Solution reprise par les juges du fond : TGI Mulhouse, 27 janv. 2015, n° RG : 14/00768, Chambéry, 28 avr. 2015, n° RG : 14/02523, *JCP G* 2015, 1173, note G. Kessler, Versailles, 16 avr. 2015, *RLDC* 2015, n° 127, p. 46, obs. M. Desolneux ; Aix-en-Provence, 14 avr. 2015, n° RG : 14/13137 et 14/13183, *RJPF* 2015-6/26, obs. T. Garé ; Limoges, 2 mars 2015, n° RG : 14/01060, *JCP G* 2015, 843, note A. Chamoulaud-Trapiers ; Toulouse 10 févr. 2015, n° RG : 14/02845, 14/01643 et 14/02898.

<sup>987</sup> Dont le communiqué précité ne tient pas compte.

<sup>988</sup> V. *Infra* normes internationales : Partie II, Chapitre II, Section II, pages 252 et s.

<sup>989</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 décembre 1989, *Alma mater*, *D.* 1990, p.273, rapp. J. Massip ; Cass. A. P. 31 mai 1991, *D.* 1991, p.417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin.

<sup>990</sup> V. notamment : M. Gobert, Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution), *RTD. civ.* 1992, p.489 et s.

Aujourd'hui, les cas de figure se sont non seulement élargis à d'autres demandes formulées dans l'axe d'une revendication égalitaire<sup>991</sup>, par des couples de personnes de même sexe ou des hommes et femmes célibataires, mais se sont aussi externalisés hors de France en réponse à la prohibition que les lois « bioéthique » ont édictée et maintenue depuis, à l'article 16-7 du Code civil.

La naissance de l'enfant issu de ce mode de procréation controversé a renouvelé les termes du débat, en soulevant des interrogations majeures que les législations ont peine à résoudre de manière cohérente, notamment lorsqu'elles touchent aux rapports de filiation et aux nouvelles formes parentales. Souvent, les discours énoncés marquent l'ambivalence du procédé et génèrent chez les principaux protagonistes des idées confuses et contradictoires : d'un côté, les parents d'intention estiment que le Droit n'a pas sa place dans l'intimité des relations affectives personnelles et qu'il ne doit surtout pas être un obstacle à leur désir d'enfant ; de l'autre, ils en appellent l'application une fois l'enfant né, pour que soit donné forme et sens au lien généré et qu'un statut juridique, indifférencié de surcroît, lui soit reconnu. Or, le passage du désir d'enfant à la volonté d'établir la filiation ne peut s'opérer aussi aisément. « *Il ne suffit pas de produire la chair humaine, encore faut-il l'instituer, c'est-à-dire nouer le biologique, le social et l'inconscient par des moyens juridiques qui fassent loi généalogique pour le sujet* »<sup>992</sup>.

S'il n'y a pas, en matière de filiation, de véritable vide juridique affectant le statut des enfants nés de gestation pour le compte d'autrui notamment réalisée à l'étranger, il n'en est pas moins vrai que le droit positif qui n'a pas été conçu pour répondre à tous les désirs et revendications minoritaires<sup>993</sup>, est aujourd'hui inadapté. On ne peut pas en réalité le lui reprocher tant les combinaisons parentales, que la gestation pour le compte d'autrui génère, sont multiples. La maternité est dissociée, éclatée en ses aspects génétique, utérin et socio-affectif ; la paternité l'est aussi en cas d'utilisation des gamètes d'un tiers donneur. La conjonction des manipulations biologiques à raison de l'utilisation du corps et des gamètes d'autrui et du morcellement de la maternité et de la paternité qui en résulte, bouleverse les représentations fondamentales de la parenté et de la filiation<sup>994</sup>. Les réponses à des questions élémentaires « qui est le père ? qui est la mère ? » deviennent complexes, variables et incertaines<sup>995</sup> puisque, selon les cas, jusqu'à six acteurs peuvent être invités sur la scène procréative : un père génétique et une mère génétique fournissant les gamètes, une mère gestatrice et éventuellement son conjoint, une mère et un père intentionnel, tous étant amenés à jouer un rôle différent dans la venue de l'enfant.

---

<sup>991</sup> V. *Supra* introduction générale et Partie I, Chapitre I, Section I, § 3, pages 58 et s.

<sup>992</sup> P. Legendre, *L'inestimable objet de la transmission, Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, p.10.

<sup>993</sup> Autrement dit, selon les mots du doyen Carbonnier : « sous catégorielles » : J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, LGDJ-Lextenso, coll. Anthologie du droit, 2014, pp.102-103 : « *Les lois étant faites pour la société, il est logique de poser en thèse générale que c'est la constatation d'une nécessité sociale qui provoque le législateur à légiférer, mais le droit civil de la famille offre à ce sujet, une singularité trop rarement relevée. C'est que le besoin de lois, dans ce domaine, du moins dans la plupart des secteurs de celui-ci, ne monte pas de la société globale, ni même de l'ensemble des familles, mais d'une fraction marginale d'entre elles. D'où naît le besoin ? De la présence d'orphelins, des filiations douteuses, des ruptures conjugales [...]. Cette singularité du droit de la famille n'est pas sans conséquence sur le travail législatif. Les demandes que reçoit ici le législateur sont des demandes sous-catégorielles, partiales, mal contrôlées par une société globale prompte à s'attendrir. Ce qui ne veut pas dire qu'elles ne méritent pas scrupuleuse attention* ».

<sup>994</sup> B.-M. Knoppers et S. Le Bris, V. *Maternité de substitution*, in *Les mots de la bioéthique*, éd. De Boeck, 1993, p.264

<sup>995</sup> J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987, p.218.

Pendant longtemps, les fonctions de conception, de mise au monde et d'éducation de l'enfant ont été exercées par les mêmes personnes. Aujourd'hui, elles peuvent être « diffractées »<sup>996</sup> entre plusieurs individus. Quelle filiation instituer face à ces formes de « pluriparenté » et « pluricorporéité »<sup>997</sup> ? La question est essentielle mais sa réponse est « techniquement redoutable »<sup>998</sup> puisqu'elle suppose de choisir parmi les fondements de la filiation – la biologie, la volonté et l'affection – celui qui semble être le meilleur pour construire le lien juridique.

La prohibition actuelle de la procréation et de la gestation pour le compte d'autrui sur le territoire français a jusqu'à récemment amené les autorités judiciaires à éluder ce choix. Qu'il s'agisse d'un enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui pratiquée en France ou à l'étranger, la réponse de la Cour de cassation fut invariablement d'interdire l'établissement du lien de filiation entre l'enfant né et ses parents d'intention. A ainsi été exclu le recours à l'adoption, que celle-ci soit plénière<sup>999</sup> ou simple<sup>1000</sup>, à la possession d'état, jugée équivoque en raison de la fraude à la loi invoquée<sup>1001</sup> ainsi qu'à la reconnaissance par la mère d'intention<sup>1002</sup> et même par le père biologique<sup>1003</sup>.

Face à une mobilité croissante des individus mettant à profit les disparités législatives des Etats afin d'obtenir légalement ce qu'ils ne peuvent avoir dans leur propre pays, cette position de repli sur le principe d'ordre public et la fraude à la loi peut être vaine<sup>1004</sup>, notamment lorsqu'elle veut faire barrage aux effets d'une situation légalement<sup>1005</sup> constituée à l'étranger. Elle se confronte surtout à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir sa filiation reçue et définitivement établie en France, intérêt que les parents d'intention mettent systématiquement en avant lors des procès, à côté de leur droit de mener une vie familiale normale.

Si une législation qui interdit tout donne ainsi un certain confort à celui qui l'applique, elle ne peut pour autant le dispenser de réfléchir sur les conséquences de cette prohibition une fois le fait accompli. Certes, il n'est jamais aisé de reconnaître des effets à des situations juridiques que l'on déclare illicites pour éviter qu'elles ne se produisent. Mais la position est difficilement supportable à l'épreuve de législations qui admettent la gestation pour le compte d'autrui, en encadrent la pratique et offrent à l'enfant un lien de filiation juridiquement établi avec le ou les parents qui ont voulu sa naissance.

Quel peut être alors le degré d'accueil du droit français à l'égard d'une filiation établie en contradiction avec ses principes ?

---

<sup>996</sup> A. Fine, Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation du sens de la filiation ?, in *Mariage de même sexe et filiation*, ss. la dir. d'I. Théry, Ed. de l'EHESS, coll. Cas de figure, 2013, spéc. p.118.

<sup>997</sup> X. Dijon, Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui, in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, ss. la coord. de G. Schamps et J. Sosson, Bruylant, 2013, p.61, spéc., p.84.

<sup>998</sup> D. Fenouillet, L'assistance médicale à la procréation, Propos introductifs, in *La famille en mutation*, t. 57, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, 2014, *op. cit.*, p. 277.

<sup>999</sup> Cass. A. P. 31 mai 1991, *D.* 1991, 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin.

<sup>1000</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994, *RTD. civ.* 1994, 842, obs. J. Hauser.

<sup>1001</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avr. 2011, 3 arrêts, n°10-19.053, n°09-66.486 et n°09-17.130, *D.* 2011, 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD. civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser.

<sup>1002</sup> Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902.

<sup>1003</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 sept. 2013, 2 arrêts, n°12-18.315 et n°12-30.138, *D.* 2013, 2384, note M. Fabre-Magnan ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Dans les limbes du droit, A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère-porteuse, *D.* 2013, 2349 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 mars 2014, n°13-50.005, *D.* 2014, 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon.

<sup>1004</sup> V. *Supra* développements de droit international privé, même partie, Chapitre I, Section I, § 1, pages 183 et s.

<sup>1005</sup> *Ibidem* : légalement constituée au regard des règles juridiques de l'autre pays.

Même si du fait au Droit, des déperditions sont toujours inévitables, deux alternatives sont possibles pour « légitimer » l'enfant : la réception conditionnée, d'une part (§ 1), ou l'assimilation complète de sa filiation, d'autre part (§ 2) ; dans les deux cas, la recherche de solutions adéquates nous conduira le plus souvent à des apories.

## **§ 1. La réception en France de la filiation créée à l'étranger**

Qu'il soit question du statut personnel de l'enfant et de la loi applicable à une action introduite devant une juridiction française pour établir le lien de filiation ou qu'il s'agisse de reconnaître en France des effets à une situation valablement constituée à l'étranger, le juge doit, dans un cas comme dans l'autre, fixer le seuil de tolérance des règles issues de la législation étrangère dans l'ordre juridique français. Or, dans un contexte rendu difficile par le débat sur la légitimation indirecte d'une pratique prohibée, celui-ci est fréquemment confronté à l'absence de repères précis. Les affaires portées ces dernières années à la lumière des discussions illustrent la difficulté à circonscrire le champ d'approbation des règles et procédures étrangères, notamment lorsqu'elles ont des effets concrets sur le territoire français. Elles concernent des enfants qui, n'étant pas responsables de la situation créée, ont droit à un état civil qui ne soit pas entaché du soupçon et démontre les liens familiaux avec ceux qui ont voulu sa naissance.

Les récentes décisions rendues tant par les juridictions administratives que par les juridictions judiciaires ont tenté d'apporter des solutions pour définir la condition des enfants qui leur ont été présentés, en tentant, sur des fondements incertains, de dégager, pour certains éléments de leur état, des modalités de réception de leur filiation créée à l'étranger (A). Cependant, la réponse, si elle n'est pas toujours cohérente, est également insuffisante pour assurer à l'enfant le maintien dans tous les cas de sa relation avec les parents d'intention (B).

### **A. Les modalités de la réception**

Selon l'article 47 du Code civil, « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenues, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Comme l'acte de l'état civil français, celui qui est dressé à l'étranger est un instrument de preuve de l'état de l'enfant et il n'est rien d'autre. Il ne fait la preuve que d'un état existant à l'étranger et ne permet pas d'affirmer à lui seul que cet état est valable ou reconnu en France.

Reste à savoir si, pour produire des effets sur notre territoire, il est nécessaire que la validité ou la reconnaissance de l'état constaté y soit confirmée. La question se pose à chaque moment du parcours du ou des parents d'intention dans leurs rapports avec l'Administration, qu'il s'agisse pour l'enfant d'obtenir un document de voyage, d'acquérir la nationalité française ou de voir transcrire l'acte étranger attestant de sa naissance sur les registres d'état civil français.

En l'état actuel du droit positif, la réponse varie selon les circonstances et la demande formulée. Certains effets sont en effet reconnus sur la seule foi de l'acte étranger (1) ; d'autres en revanche, ne sont obtenus que sous la condition que l'état qu'il constate soit conforme à la réalité biologique (2).



## 1. La reconnaissance d'effets en France de la filiation de l'enfant sur la foi de l'acte dressé à l'étranger

**Document de voyage.** Pour ramener en France l'enfant né à l'étranger, le ou les parents d'intention doivent obtenir de la part des autorités consulaires françaises au mieux un passeport, au minimum, un document de voyage provisoire qui ne préjuge en rien des questions de filiation et de nationalité. Plusieurs consulats se sont fondés sur la prohibition d'ordre public de la gestation pour le compte d'autrui pour décliner cette demande. Saisi en référé de tels refus, le Conseil d'État a été conduit à plusieurs reprises à statuer sur les litiges générés.

Par une première ordonnance rendue le 4 mai 2011<sup>1006</sup>, il a confirmé une ordonnance de première instance qui avait enjoint aux autorités de délivrer un document de voyage permettant à des enfants nés à la suite d'une gestation pour le compte d'autrui d'entrer sur le territoire français, en se fondant sur l'article 47 du Code civil, dans un cas où l'acte d'état civil étranger n'était pas mensonger et où le père et la mère biologiques souhaitaient que les enfants soient élevés en France. Le juge des référés a relevé à cette occasion que la circonstance que la conception des enfants aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent.

En revanche, par une deuxième ordonnance du 8 juillet 2011<sup>1007</sup>, le juge des référés du Conseil d'Etat a infirmé une ordonnance de première instance qui avait enjoint de délivrer un document de voyage, en raison des contradictions entre les documents produits et des incertitudes quant à l'identité de la mère et sa volonté de voir les enfants conduits en France.

À première vue, les deux décisions s'opposent, l'une recevant la demande de documents de voyage, l'autre la rejetant. En réalité, elles se rejoignent sur la prise en considération de l'intérêt de l'enfant de quitter le pays où il est né dès lors qu'il est démontré que ce dernier n'y a aucune attache.

Plus récemment, dans une ordonnance du 3 août 2016<sup>1008</sup>, le Conseil d'Etat s'est de nouveau appuyé sur l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'intérêt supérieur des enfants. En l'espèce, la mère d'intention, requérante, soutenait que l'acte de naissance arménien établissait le lien de filiation juridique existant entre elle et l'enfant. Français par filiation, celui-ci ne pouvait, selon elle, se voir refuser l'accès au territoire français. À cette prétention, le ministère public, pour refuser d'enregistrer l'acte de naissance sur les registres français de l'état civil, et les autorités consulaires françaises en Arménie pour rejeter la demande de laissez-passer, opposaient l'existence d'une gestation pour le compte d'autrui et corrélativement le fait que la femme désignée dans l'acte de naissance, n'ayant pas accouché, ne pouvait pas être la mère de l'enfant. Estimant que l'intérêt supérieur de l'enfant impliquait, dans les circonstances particulières de l'espèce, de ne pas séparer l'enfant de la requérante, le juge des référés du Conseil d'État a enjoint au ministre des affaires étrangères de délivrer, à titre provisoire, à

<sup>1006</sup> CE, ord., 4 mai 2011, n°348778, *RJPF* 2011-11/36, obs. I. Corpart.

<sup>1007</sup> CE, ord., 8 juillet 2011, n°350486, *RJPF* 2011-11/36, obs. I. Corpart. Selon les faits, les incertitudes sur l'identité et la volonté exacte de la mère des enfants étaient importantes car il était fait état, d'une part, d'un acte notarié par lequel la mère présumée des enfants avait certifié n'avoir jamais été enceinte, d'autre part, d'une attestation du père d'intention déclarant ne pas avoir recouru aux services d'une mère porteuse, ce que contredisait une lettre du directeur de l'hôpital. En raison de ces incohérences, le père ne pouvait empêcher l'administration de procéder à des vérifications afin que soit recherché et préservé l'intérêt supérieur des enfants concernés.

<sup>1008</sup> CE, ord., 3 août 2016, n°401924, *Dr. fam.* 2016, comm. 202, obs. H. Fulchiron.

l'enfant un document de voyage lui permettant d'entrer sur le territoire national en compagnie de la mère d'intention.

Même si le Conseil d'Etat donne indirectement effet à la parenté d'intention telle qu'attestée par l'acte de l'état civil étranger, il prend soin de rappeler que l'argumentation ne vaut que pour la délivrance d'un document provisoire et élude volontairement les questions de la nationalité de l'enfant et de sa filiation. Selon lui, le litige « *soulève une question sérieuse de nationalité qu'il n'appartient pas, en l'absence de jurisprudence bien établie, au juge administratif de trancher* », mais bien au juge judiciaire. Ce dernier ne s'étant pas expressément prononcé sur la question de la reconnaissance en France de la parenté d'intention à l'issue d'une gestation pour le compte d'autrui, la qualité de Français découlant de cette filiation est incertaine et le juge administratif ne peut alors prendre parti<sup>1009</sup>.

**Nationalité.** Afin de soumettre l'enfant né à l'étranger à la même loi personnelle que celle de ses parents d'intention, la circulaire du 25 janvier 2013<sup>1010</sup> a facilité la délivrance d'un certificat de nationalité française<sup>1011</sup> en invitant les procureurs de la République et les greffiers de tribunaux d'instance à ne pas faire obstacle aux demandes des parents français nonobstant le soupçon du recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui et à s'en tenir ainsi aux seules indications figurant dans l'acte étranger : « *le seul soupçon du recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 [du Code civil]* ». Saisi d'un recours en annulation de la circulaire pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 12 décembre 2014<sup>1012</sup>, s'est gardé, une nouvelle fois, de se prononcer sur la reconnaissance du lien de filiation et a appliqué à la seule question posée de la délivrance des certificats de nationalité, les principes affirmés par la Convention européenne des droits de l'homme, suivant ainsi la ligne directrice posée par les arrêts *Labassée* et *Menesson* du 26 juin 2014 rendus par la Cour européenne : « *La seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français, ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'elle implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un français est établie* ». Ce faisant, le Conseil d'Etat dégage du droit au respect effectif de la vie privée, un droit à la nationalité et

---

<sup>1009</sup> H. Fulchiron, *op. cit.*

<sup>1010</sup> Circ. n°NOR JUSC1301528C, 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, BOMJ n°2013-01, 31 janvier 2013, p.1. V. à ce sujet : J.-R. Binet, Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes, *JCP G.* 2013, 161 ; I. Corpart, La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui, *RJPF* 2013, 3 ; C. Neirinck, La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi, *Dr. fam.* 2013, comm. 42.

<sup>1011</sup> C. civ., art. 31 à 31-3.

<sup>1012</sup> CE, 12 décembre 2014, n°367324, n°366989, n°366710, n°365779, n°367317, n°368861, *AJDA* 2014, 2451 ; *G.P.* 2015, n°29, p.16, obs. M. Guyomar.

recule ainsi les limites de l'ordre public au bénéfice<sup>1013</sup> de l'intérêt de l'enfant apprécié concrètement au vu de sa situation actuelle<sup>1014</sup>.

Pour autant, on ne peut conclure de cette argumentation la reconnaissance implicite, en France, de la filiation, bien que la nationalité soit l'un de ses effets. Ainsi que l'a rappelé le rapporteur public, les arrêts *Labassée* et *Menesson* ont ouvert la voie à « *une sorte de démembrement juridique entre la filiation à proprement parler (...) et ses effets seconds* »<sup>1015</sup>, ce qui justifie la décision pragmatique du Conseil d'Etat.

Par ailleurs, la nationalité, même si elle constitue un élément à part entière de l'état et de l'identité de la personne, est sans effet recognitif du lien de filiation. En effet, le certificat de nationalité constitue seulement une preuve de la qualité de Français d'une personne sans qu'il soit nécessaire de reconnaître préalablement, par le biais de la transcription sur les registres de l'état civil, le lien de filiation figurant sur son acte de naissance étranger. Sur ce point, la décision du Conseil d'Etat se contente de préciser que la délivrance du certificat de nationalité est subordonnée à la production d'éléments attestant le lien de filiation tout en indiquant qu'une telle vérification doit s'effectuer en considération de l'article 47 du Code civil et sous le contrôle du juge judiciaire. C'est ainsi rappeler que la situation de l'enfant reste précaire et la délivrance d'un certificat de nationalité ne préjuge pas de la stabilité de son état qui peut toujours être contesté. Corrélativement, c'est laisser en suspens la question de savoir s'il conviendrait ou non de réserver un sort différent à la demande de délivrance d'un certificat de nationalité selon qu'il existe ou non un lien biologique entre l'enfant et celui de ses parents qui est de nationalité française. La question ne manquera pas de se poser aux juges judiciaires dans le cas où le père déclaré ne serait pas le père biologique ou encore lorsque seule la mère d'intention sera de nationalité française.

## **2. La reconnaissance d'effets en France de la filiation de l'enfant sur la foi de l'acte étranger conforme à la réalité biologique**

Bien que facultative, la transcription d'un acte d'état civil étranger est un enjeu majeur pour les parents qui recourent à une convention de gestation pour le compte d'autrui car elle permet d'inscrire l'événement intéressant l'état civil de leur enfant dans les registres français et ainsi de masquer les circonstances dans lesquelles il a été conçu et est né.

Le problème est que la transcription d'un acte d'état civil étranger n'est pas une simple opération de consignation sur les registres français d'un acte élaboré par un officier public ou un juge étranger. Elle consiste dans l'établissement d'un acte d'état civil conçu pour assurer une représentation fidèle des faits perçus par le Droit<sup>1016</sup>. Lorsque l'acte d'état civil français évoque les parents et notamment la mère, il désigne, en conformité avec les principes traditionnels du droit de la filiation, la femme qui accouche. Autrement dit, la mère qui est

---

<sup>1013</sup> Pour une confirmation de cette analyse, v., s'agissant de la délivrance d'un passeport aux enfants nés à l'étranger après recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui : TA Paris, 15 avril 2016, n°1502403/6-1 et n°1502405/6-1 ; TA Paris, ord., 19 avril 2016, n°1604232/9-1 et n°1604226/9-1. Par ces décisions, le tribunal administratif a enjoint au préfet de police de délivrer les passeports sollicités ou d'instruire dans le délai d'un mois, la demande présentée par les parents.

<sup>1014</sup> V. Sur la distinction appréciation abstraite-appréciation concrète, *supra*, même partie, Chapitre I, Section I, § 1, B.

<sup>1015</sup> X. Domino, Concl. CE, 12 décembre 2014, RFDA 2015, p.163.

<sup>1016</sup> B. Ancel, L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée, in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, pp. 1 à 9, spéc. p.4.

mentionnée dans l'acte de naissance français ne peut être que celle qui a été la gestatrice et non la mère d'intention. L'acte étranger voit alors sa force probante déniée lorsque les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la vérité.

Ce principe de véracité a notamment conduit la Cour de cassation à refuser la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance ou des jugements d'adoption établis à l'étranger en cas de gestation pour autrui<sup>1017</sup>.

Dans ses décisions très commentées du 6 avril 2011<sup>1018</sup>, elle a en effet décidé « *qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* ».

Dans ces espèces, la Cour de cassation a estimé que l'annulation de la transcription ne prive pas l'enfant de la filiation que le droit étranger lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les demandeurs en France et ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Dans les deux arrêts rendus le 13 septembre 2013<sup>1019</sup>, la Cour de cassation a durci sa position. Elle a ainsi affirmé que « *lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* », la filiation établie à l'étranger ne peut être inscrite sur les registres français de l'état civil. Bien plus, elle a confirmé l'annulation, pour fraude à la loi, de la reconnaissance effectuée en France par le père biologique.

Mais cette objection de la fraude a dû céder face au droit de l'enfant, au respect de sa vie privée et à son droit conventionnel à l'identité à l'égard de son père biologique. Dans les deux arrêts du 26 juin 2014<sup>1020</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la filiation et la nationalité sont des éléments importants de l'identité des personnes, protégée par l'article 8 de la Convention et observe qu'« *en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard du père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* ». « *Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* »<sup>1021</sup>.

---

<sup>1017</sup> V. ainsi, not., Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Bull. civ. I*, n° 289; D. 2009. 166, obs. V. Egéa, 340, note L. Brunet, 332, avis J.-D. Sarcelet, 773, obs. F. Granet-Lambrechts.

<sup>1018</sup> Préc.

<sup>1019</sup> Préc.

<sup>1020</sup> CEDH, 26 juin 2014, n°65192/11, *Mennesson*, et n°65941/11, *Labassée*, D. 2014, 1797, note F. Chénéde, 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 2015, 702, obs. F. Granet-Lambrechts.

<sup>1021</sup> V. communiqué de presse, arrêts *Mennesson c/ France*, préc., § 97 et 98 et *Labassée c/ France*, préc., § 75 et 76.

Dès leur publication, les arrêts de la Cour européenne ont engendré une divergence d'interprétation<sup>1022</sup>. Certains semblaient en déduire une obligation générale de reconnaissance de l'acte étranger, commandant d'établir la filiation de l'enfant dans tous les cas, notamment à l'égard de la mère d'intention, soit par la transcription directe de l'acte soit par la voie de l'adoption. D'autres, au contraire, y ont donné une portée plus limitée, estimant que la Cour européenne n'impose pas de reconnaître, de manière directe et obligatoire, la filiation établie à l'étranger en vertu d'une loi autorisant la gestation pour le compte d'autrui mais condamne en revanche le refus de reconnaître un lien de filiation valablement établi à l'étranger et de l'établir en droit interne dès lors que la filiation correspond à la vérité biologique<sup>1023</sup>.

Cette seconde interprétation est aujourd'hui communément admise. La Cour ne s'est en réalité prononcée que sur le cas qui lui était soumis, à savoir celui où la filiation paternelle établie à l'étranger correspond à la vérité biologique<sup>1024</sup>. Le cas de la mère d'intention n'est donc pas évoqué et la Cour ne dit pas à ce sujet s'il y a une atteinte au droit de l'enfant au respect de son identité et à son intérêt. C'est au législateur qu'il revient de prendre position.

La Cour de cassation réunie en Assemblée plénière s'est alignée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans deux arrêts du 3 juillet 2015<sup>1025</sup>. Dans les deux cas, les actes de naissance indiquaient une filiation à l'égard de l'homme qui avait reconnu l'enfant et de la femme qui en avait accouché. Au visa de l'article 47 du Code civil, la Cour décide que le recours à une gestation pour le compte d'autrui à l'étranger ne suffit pas à faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger, le refus ne pouvant être fondé que sur l'irrégularité de l'acte, sa falsification, ou le constat que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

Ainsi, les actes d'état civil dressés à l'étranger peuvent être transcrits sur les registres français d'état civil dès lors que les filiations paternelle et/ou maternelle qu'ils constatent sont conformes à la vérité, c'est-à-dire que l'homme qui y est mentionné en qualité de père est le père biologique de l'enfant et que la femme qui est déclarée être la mère de l'enfant est bien celle qui a accouché. Si, en revanche, la filiation mentionnée dans les actes de naissance étrangers ne correspond pas à la vérité biologique, l'acte ne peut être transcrit. Tel est le cas lorsque le père déclaré dans l'acte n'est pas le père biologique de l'enfant ou lorsque la mère déclarée n'est pas celle qui a accouché, quand bien même elle serait la mère génétique de l'enfant pour avoir fourni ses gamètes<sup>1026</sup>.

---

<sup>1022</sup> V. notamment les commentaires sous CEDH, 26 mai 2014, de P. Bonfils et A. Gouttenoire, *D.* 2014, 1787 ; L.-L. Burgogue-Larsen, *AJDA.* 2014, 1763 ; J. Hauser, *RTD. civ.* 2014, 616 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, préc.

<sup>1023</sup> H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour EDH, *Rev. crit. DIP*, 2015, p.1 et s.

<sup>1024</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs confirmé son analyse dans deux décisions récentes : CEDH, 21 juill. 2016, n° 9063/14 et n° 10410/14, *F. et B. c/ France*, *JCP G.* 2016, doctr. 992, obs. Y. Favier. V. encore CEDH, 19 janv. 2017, préc., *Laborie c/ France*, req n° 44024/13.

<sup>1025</sup> Cass., A. P. 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, *D.* 2015, 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2015-9/20, obs. I. Corpart ; *LPA* 2015, n° 201, p. 6, note M.-A. Frison-Roche ; V. aussi, F. Chénéde, L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger, *D.* 2015. 1172 ; I. Corpart, La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères, *Dr. fam.* 2015. Étude 14.

<sup>1026</sup> Dans la ligne des décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, rendu le 7 mars 2016, a ordonné une transcription seulement partielle à propos d'un acte de naissance ukrainien désignant comme père et mère les parents d'intention, pour écarter la mention de la filiation maternelle et maintenir la « paternité biologique », en raison de l'impossibilité de transcrire sur les registres français un acte de naissance dans lequel est indiquée en qualité de mère, une femme qui n'a pas accouché. V. notamment : H. Fulchiron, GPA : une nouvelle lecture *a minima* des arrêts *Labassée* et *Mennesson*, *Dr. fam.* 2016, Etudes n°9.

Les juges, en s'appuyant sur les modèles traditionnels de rattachement de l'enfant que sont l'engendrement et l'accouchement, placent ainsi une très grande confiance en la vérité biologique. Trop grande peut-être ? car même si leur approche permet de ne plus opposer à l'enfant le fait illicite du ou des parents biologiques, elle souffre d'incohérences dans un système juridique où la filiation n'est pas la réalité biologique en elle-même mais bien plutôt une construction sociale<sup>1027</sup>.

## B. Une réception incohérente et limitée

Peut-on à la fois respecter le principe de prohibition de la gestation pour le compte d'autrui et assurer à l'enfant qui en est issu le maintien de sa relation avec le parent d'intention ? La question a pour l'instant été éludée par la Cour de cassation ; il est vrai que les demandes étaient cantonnées jusqu'à présent à la transcription ou à la nationalité et émanaient de couples unis ou de célibataires ayant un lien biologique avec l'enfant. Mais, la lecture restrictive des arrêts *Menesson* et *Labassée* de la Cour européenne oblige à renouveler la réflexion dans un contexte juridique qui privilégie la vérité biologique sur la réalité sociale. Or, donner du crédit à la seule filiation biologique conduit à évacuer trop facilement les ambivalences (1) et difficultés (2) qui ne manqueront pas d'apparaître, notamment dans le contexte plus général des ruptures familiales en présence desquelles l'enfant se trouvera quel que soit son âge.

### 1. Les incohérences

Dans un droit qui permet l'adoption, donne généralement effet aux reconnaissances de complaisance, affirme le rôle de la possession d'état et admet la procréation artificielle avec donneur, il peut paraître incongru d'instituer une action générale tendant à faire coïncider la filiation avec la vérité biologique pour pouvoir rendre inopérant, en cas de gestation pour le compte d'autrui, l'argument de la fraude à la loi et préserver l'identité de l'enfant.

Il n'y a pas non plus une grande cohérence à exiger la vérité biologique lorsqu'aucun moyen n'est mis en œuvre pour la vérifier. Fallait-il, comme le suggérait le procureur général dans ses conclusions devant l'assemblée plénière, conditionner la transcription de l'acte étranger à la réalisation d'une expertise biologique judiciairement établie ?<sup>1028</sup> Cette condition n'a pas été retenue par la Cour de cassation au motif notamment qu'il n'est pas possible, en l'état des règles procédurales, d'ordonner une expertise biologique à l'occasion d'une demande de transcription. Par ailleurs, comme il l'a déjà été souligné, la transcription ne fait pas la filiation. « *L'acte de naissance prouve la naissance ; un contrôle de la vérité de la filiation telle qu'indiquée dans l'acte supposerait que la filiation soit établie par l'acte lui-même, ce qui serait attaché à l'acte des effets qu'il n'a pas* »<sup>1029</sup>.

Toutefois, admettre la transcription, comme le font actuellement les juges, sur le simple constat que l'acte étranger précise que le père de l'enfant est le père biologique relève plus de la

---

<sup>1027</sup> P. Murat, Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux, *La famille en mutation*, préc., p.285, spéc. p.290.

<sup>1028</sup> J.-Cl. Marin, Avis, pp. 55-56.

<sup>1029</sup> H. Fulchiron, GPA : une nouvelle lecture *a minima* des arrêts *Labassée* et *Menesson*, préc.

présomption de véracité que la vérité elle-même. Par ailleurs, une quasi-certitude ne met pas l'enfant à l'abri d'une éventuelle action en contestation de sa filiation.

Il est également ambivalent de valoriser ainsi la donnée biologique pour le père tout en la cachant pour la mère porteuse qui est aussi la mère biologique ou en la déniait pour la mère d'intention qui a utilisé ses propres ovocytes, au motif que dans la logique de l'assistance médicale à la procréation, le fait pour la mère d'intention d'utiliser ses gamètes ne lui confère aucun droit (puisque le don d'ovocyte exclut l'établissement de la filiation). Et que la transcription de l'acte de naissance de l'enfant qui désigne comme sa mère une femme qui n'a pas accouché est inenvisageable car la désignation ne correspond pas à la réalité des faits qu'il énonce et tombe pour cause de supposition d'enfant<sup>1030</sup>.

La focalisation des juges sur la réalité biologique peut aussi s'avérer arbitraire dès lors qu'on prétend l'ériger en règle de droit. Si le principe est de ne donner effet qu'aux filiations reposant sur une vérité biologique, il suggère qu'il est plus facile d'obtenir la transcription d'un acte d'état civil étranger déclarant comme parents un homme célibataire avec une mère porteuse que la transcription d'un acte de naissance voire d'une décision judiciaire déclarant deux parents d'intention. Il aboutit surtout à fragiliser l'état de l'enfant dont la filiation ne rejoint pas la vérité biologique. Auparavant théorique, l'hypothèse est désormais ordinaire, notamment lorsque les intéressés recourent au service d'une mère-porteuse dans les pays où les procédures sont moins règlementées. La Cour européenne a, depuis, rendu l'arrêt *Paradiso et Campanelli contre Italie*, dans un cas où ni le père ni la mère déclarés dans l'acte étranger n'étaient les parents biologiques de l'enfant conçu et né en Ukraine. Si l'Italie n'a pas été condamnée pour avoir refusé de transcrire sur les registres italiens de l'état civil l'acte de naissance, la Cour reproche en revanche aux autorités italiennes d'avoir ordonné le retrait de l'enfant et son placement en vue de l'adoption au motif que les parents d'intention n'avaient avec lui aucun lien biologique et que reposait sur eux un soupçon d'achat de l'enfant : « *en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable* ». Toutefois, « *l'éloignement de l'enfant est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit correspondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci* ». « *Les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu* »<sup>1031</sup>.

## 2. Les limites

En se plaçant du point de vue des intérêts particuliers, on constate que le raisonnement qui consiste à réduire la filiation à sa composante biologique pour justifier la transcription de l'acte étranger, a des limites.

**La première limite** tient à la transcription elle-même dont la fonction se réduit aux seuls enjeux probatoires. Comme précédemment rappelé, la transcription d'un acte étranger sur les registres d'état civil et la reconnaissance de la filiation qu'il atteste en droit français ne peuvent être

---

<sup>1030</sup> En cas de fausse déclaration à la naissance, l'intéressée encourt les pénalités prévues à l'article 227-13 du Code pénal sanctionnant « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant* ».

<sup>1031</sup> CEDH, 27 janvier 2015, n°25358/12, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, D. 2015, 702, obs. F. Granet-Lambrechts.

confondues<sup>1032</sup>. Si la transcription présente l'avantage de dissimuler les circonstances de la conception et de la naissance de l'enfant en fournissant aux intéressés des actes de l'état civil français, elle ne garantit aucunement la stabilité de son état (même si contester la filiation de l'enfant après avoir admis l'inscription de l'acte étranger, serait incohérent).

**La seconde limite** est que l'opposition apparente entre la filiation biologique et la filiation intentionnelle amène nécessairement à un traitement différencié des parentés, principalement paternelle et maternelle<sup>1033</sup>. Si celui-ci peut être vécu par les parents comme une forme de discrimination à leur égard<sup>1034</sup> et une atteinte à leur droit à une vie familiale, il touche surtout l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit au respect de son identité. Le problème se pose de manière plus pressante encore lorsque l'enfant a été engendré grâce aux gamètes du couple. Comme précédemment relevé, les arrêts *Labassée* et *Menesson* de la Cour européenne n'imposent pas que soit consacrée la parenté d'intention en tant que telle. Cependant, la possibilité de rattacher l'enfant à ceux qui en sont les auteurs à défaut d'en être les géniteurs, s'inscrit dans la recherche d'un équilibre entre le respect des grands principes défendus par l'Etat et la protection des intérêts individuels<sup>1035</sup>. Même si la Cour ne l'exige pas expressément, elle souligne que le fait pour les enfants « *de ne pas être identifiés en droit français comme étant les enfants* »<sup>1036</sup> de leurs parents d'intention a des conséquences sur leurs droits, notamment ceux qui trouvent leur source dans le lien de filiation. Puisque la voie de la transcription et celle de l'établissement en droit français du lien de filiation se ferment à la mère d'intention, celle-ci n'a aucun autre titre que celui établi à l'étranger, à l'égard de l'enfant qu'elle entretient et éduque. Comment alors composer en pratique avec les règles de l'autorité parentale qu'elles portent sur la personne de l'enfant ou sur l'administration et la jouissance de ses biens, notamment dans un contexte de séparation, et garantir à l'enfant un environnement stable et favorable à son développement ? La question se pose en des termes identiques en cas de décès du parent biologique durant la minorité de l'enfant et il est peu probable que les propositions faites dans le passé<sup>1037</sup> d'appliquer, au profit de celui-ci et du parent d'intention survivant, les règles de la tutelle<sup>1038</sup> ou de la délégation de l'autorité parentale<sup>1039</sup>, suffisent à lui donner un statut respectant ses droits fondamentaux. Qu'en sera-t-il enfin à la mort de la

---

<sup>1032</sup> H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH, préc.

<sup>1033</sup> *L'enfant oublié*, éd. du Cerf, *op. cit.*

<sup>1034</sup> A titre d'illustration, les mères d'intention n'ayant pas été enceintes et n'ayant pas accouché, ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la directive n°92/85/CEE du 19 octobre 1992 visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, dont l'objet est de protéger la mère dans la situation spécifique de vulnérabilité découlant de sa grossesse : CJUE, 18 mars 2014, aff. C-363/12 et C-167/12.

<sup>1035</sup> H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH, *op. cit.*

<sup>1036</sup> Arrêt *Menesson* §98 ; Arrêt *Labassée* §77.

<sup>1037</sup> V. notamment le rapport du Conseil d'Etat : *La révision des lois de bioéthique*, La documentation française, 2009, pp.63-66.

<sup>1038</sup> Qu'il s'agisse de la tutelle testamentaire ou de la tutelle dative. Il pourrait être également proposé d'établir un mandat à effet posthume, en désignant le parent d'intention comme mandataire en vue de gérer les biens successoraux de l'enfant dans les conditions posées par les articles 812 et suivants du Code civil.

<sup>1039</sup> Le Conseil d'Etat, dans le rapport rendu en 2009 sur la révision des lois de bioéthique, proposait de mettre en jeu les règles de la délégation-partage : « à défaut de permettre la reconnaissance de la filiation maternelle, la mère d'intention pourrait bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale (article 377 du code civil). Dans ce cas, la mère pourrait bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale (comme peuvent en bénéficier certains tiers au regard du droit de la famille) sans que la filiation à son égard soit pour autant établie. » ; V. également : Rapp. Sénat n° 409, Y. Détraigne et C. Tasca, 17 février 2016, *Défendre les principes, veiller à l'intérêt de l'enfant. Quelles réponses apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ?*



mère d'intention ? Se référant au rapport rendu par le Conseil d'Etat<sup>1040</sup>, la Cour européenne relève qu' « *en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (...), c'est-à-dire moins favorablement* ». Or, selon elle, « il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés »<sup>1041</sup>. Au-delà des considérations fiscales qui, il est vrai, sont délétères, l'enfant se voit privé de sa qualité d'héritier réservataire pourtant assigné également aux descendants quelles que soient les circonstances de leur naissance. Cela revient ainsi à enfermer les libéralités que le parent d'intention auraient faites en sa faveur dans les limites de la seule quotité disponible et à l'exclure totalement ou partiellement si celle-ci est épuisée<sup>1042</sup>. Ce faisant, il est possible que la Cour européenne ait un jour à statuer sur la question de savoir si le refus de tenir compte en France de la filiation établie à l'étranger ou de permettre l'établissement du lien selon le droit positif français n'irait pas à l'encontre du droit de l'enfant au respect de ses biens sur le fondement de l'article 1 du Protocole additionnel n°1 (comme l'a retenu dans le passé la Cour pour l'enfant adultérin dans l'exercice de son droit au respect de sa vie familiale et de son droit de propriété). Le risque est prégnant, ce qui explique peut-être que le Ministère de la justice ait pris les devants face aux demandes des praticiens déjà saisis de la question de la vocation successorale des enfants nés de gestation pour le compte d'autrui, en signalant que leur intérêt supérieur ainsi que le respect de leur vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne « *permettent de considérer que le seul recours à une convention de gestation pour autrui ne peut d'emblée conduire le notaire à écarter ces enfants de leur qualité d'héritier de la succession de leurs parents, dès lors que le lien de filiation avec ces derniers résulte de leur acte de naissance étranger, quand bien même il ne serait pas procédé à la transcription de ces actes sur les registres de l'état civil* »<sup>1043</sup>. L'analyse retenue par la Chancellerie est étonnante tant elle procède d'une compréhension large des décisions de la Cour européenne. Elle aboutit en définitive à une légitimation de principe de la situation créée à l'étranger en dépit de sa contrariété avec l'ordre public français. La reconnaissance du lien de filiation est ici totale ; peu importe qu'il repose sur une réalité biologique ou sur une réalité sociale. Reste à savoir si cette libéralisation assumée est un premier pas vers la consécration en droit français de la parenté d'intention.

## § 2. L'assimilation en France de la filiation créée à l'étranger

Le statut de l'enfant en tant que « fait accompli » a mis l'imagination des juristes à l'épreuve. Dans l'immédiat, la formule proposée consiste à dissocier le lien de parenté de ses conséquences pour éviter de faire peser sur l'enfant le poids de l'acte illicite qui a abouti à sa naissance. Dissocier la nationalité de la filiation, diviser la parenté sur le fondement de la vérité biologique sont autant de montages juridiques que le droit prétorien français a dû édifier en l'absence de textes adaptés à rendre compte des nouvelles formes possibles d'éclatement de la filiation. Comme le souligne justement Jean Hauser, « *toute la question est de savoir si les*

---

<sup>1040</sup> *La révision des lois de bioéthique*, op. cit.

<sup>1041</sup> Arrêt *Menesson* §98 ; Arrêt *Labassée* §77.

<sup>1042</sup> Notamment si les parents se sont consentis mutuellement des libéralités de biens à venir, comme une donation au dernier vivant.

<sup>1043</sup> Lettre de la Direction des affaires civiles et du Sceau adressée à P.-L. Vogel, Président du Conseil supérieur du notariat, C1/499-2013/1.8.7/ML/MGD, 13 avril 2015.

*différents « bricolages », présents et à venir, des autorités françaises, seront considérés comme permettant une vie familiale suffisante ou s'il faut aller plus loin »<sup>1044</sup>.*

Il convient ainsi de différencier en amont la question des moyens d'éviter le développement des cas de gestation pour le compte d'autrui à l'échelle mondiale de celle qui consiste à déterminer comment résoudre au mieux le problème du statut de l'enfant issu de telles conventions valablement réalisées à l'étranger. Dans les développements qui suivent ne seront analysées que les pistes offrant des solutions à la question du statut de l'enfant.

Dans l'ensemble, si beaucoup s'accordent sur le fait qu'il faille aménager le droit de la filiation, tout en ayant conscience des bouleversements qu'il devrait supporter et de l'effet d'entraînement attaché à la consolidation d'une situation illicite, il reste à déterminer la direction à prendre : soit de rester dans le cadre délimité et connu du droit des filiations charnelle et adoptive (A) soit de s'aventurer vers un statut spécial autonome où la filiation serait conforme au projet parental (B).

## **A. Vers l'adaptation du droit commun de la filiation ?**

La conjonction des manipulations biologiques de la parenté à raison du don de sperme, d'ovocytes et d'embryons a déjà conduit le législateur à forcer les règles à l'intérieur du système général de la filiation charnelle en rattachant l'enfant à l'homme ou à la femme qui n'est pas son parent biologique, en fermant les possibilités de contester sa filiation et de l'établir à l'égard du donneur dont l'identité est occultée.

Faut-il opérer de la même façon pour la filiation de l'enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui (1) ? Ou faut-il au contraire réviser les règles de la filiation adoptive (2) ? Le choix de l'une ou de l'autre option n'est pas neutre eu égard aux perspectives et enjeux que chacune dégage.

### **1. L'adaptation des règles de la filiation biologique**

S'agissant de **la paternité**, on présente désormais comme obsolète l'analyse de la Cour de cassation selon laquelle la reconnaissance faite par le père biologique devait être annulée et la possession d'état considérée comme viciée au motif que la fraude corrompt tout. Si la Cour européenne, aux termes des arrêts *Menesson* et *Labassée* n'a pas entendu imposer à la France de reconnaître la filiation établie à l'étranger en vertu d'une loi qui autorise la gestation pour le compte d'autrui et en aménage les conséquences, elle n'admet pas pour autant que le lien entre l'enfant et le père biologique n'ait pas été « admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance » et que « sa consécration par la voie de la reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état » se soit heurtée « à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation ». « En faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation ».

---

<sup>1044</sup> J. Hauser, *Libres propos*, in *La famille en mutation*, préc., p.373, spéc. p.375.

Dès lors, la filiation paternelle peut être établie, dans le cadre d'une gestation pour le compte d'autrui, par la voie de la reconnaissance ou de la possession d'état lorsqu'elles sont conformes à la réalité de l'engendrement<sup>1045</sup>, voire, comme certains le proposent par analogie avec les règles relatives à l'AMP avec tiers donneur<sup>1046</sup>, par le biais d'une action judiciaire dans l'hypothèse où le parent biologique renoncerait à établir un lien et exécuter les obligations qui en résultent.

La solution sera cependant plus compliquée à mettre en œuvre lorsque l'acte de naissance étranger désignera, conformément à la loi de l'Etat l'ayant établi, deux hommes en qualité de parents de l'enfant. A l'évidence, la difficulté résidera à aller au-delà des seules énonciations de l'acte. Il restera possible de se retrancher, comme auparavant, derrière l'interdiction de créer une double filiation monosexuée, encore interdite en droit commun de la filiation (C. civ., art. 320)<sup>1047</sup>, mais en tenant compte des modifications introduites par la loi du 17 mai 2013 qui a admis qu'un enfant puisse avoir deux mères ou deux pères par le jeu de l'adoption.

La question de l'établissement juridique de la filiation de l'enfant se pose en des termes très différents pour **la maternité**. Dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux et aussi loin que l'on puisse remonter dans le temps, la filiation maternelle s'ordonne autour du principe essentiel selon lequel l'accouchement désigne la mère<sup>1048</sup> : *mater semper certa est*.

Il en résulte, dans le cas où l'enfant est né d'une gestation pour le compte d'autrui, l'impossibilité pour la mère d'intention non seulement de le reconnaître comme sien<sup>1049</sup>, même lorsqu'elle en est la mère génétique, mais aussi d'arguer de l'existence d'une possession d'état, celle-ci étant viciée par la nullité de la convention de gestation pour le compte d'autrui et par l'accouchement d'une tierce femme<sup>1050</sup>.

Dans l'hypothèse d'un don d'ovocyte ou d'embryon, « *le Droit n'a pas besoin d'intervenir par une valorisation quelconque de la volonté d'accueil d'un enfant issu des gamètes d'une autre femme* », puisque la mère légale est la mère utérine<sup>1051</sup>. A l'inverse, dans l'hypothèse d'une gestation pour le compte d'autrui, le Droit doit composer avec un volontarisme exacerbé : d'un

---

<sup>1045</sup> Une autre option consisterait à ne pas accepter la transcription des actes d'état civil étrangers, mais à autoriser l'établissement de la filiation revendiquée par une procédure judiciaire. Cette proposition émise au Sénat par M. Détraigne et Mme Tasca dans leur rapport, ouvrirait à l'enfant, et à lui seul, le bénéfice d'une action en recherche de paternité et en recherche de maternité, dans les conditions actuelles du Code civil. « *Ceci lui imposerait de prouver sa filiation biologique avec son père d'intention. En revanche, sa filiation vis-à-vis de la mère désignée dans l'acte de naissance ne pourrait être établie qui si cette dernière est bien celle qui en a accouché. Ce dernier point est tout à fait essentiel, car il permet de garantir que la prohibition civile de la GPA sera respectée, puisque la filiation maternelle d'intention ne pourra être établie. Dans le cas d'un couple d'hommes, la filiation d'intention du compagnon du père biologique ne pourra non plus être établie sur la base de cette action en recherche de filiation.* »

<sup>1046</sup> C. civ., art. 311-20. J. Hauser, La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques, in *La liberté de la personne sur son corps*, ss. la dir. de P. Muzny, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2010, p.85, spéc. p.100 : « *Tout cela conduira à reposer la question de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi né d'une femme qui n'entendait pas l'assumer et de parents d'intention...qui n'ont plus d'intention* » ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH, préc.

<sup>1047</sup> Ce qu'a souligné le Conseil Constitutionnel : Décision préc., 17 mai 2013.

<sup>1048</sup> Certes, la filiation résulte de la seule désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance (C. civ., art. 311-25) mais cette mention est faite sur la base de l'accouchement.

<sup>1049</sup> C. civ., art. 332.

<sup>1050</sup> Il en va de même de l'établissement de la maternité en justice qui suppose la preuve de l'accouchement (C. civ., art. 325).

<sup>1051</sup> J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, préc., p.225.

côté, la volonté de la mère gestationnelle d'abandonner l'enfant qu'elle a porté et de récuser l'établissement de la filiation à son égard et de l'autre, la volonté de la mère d'intention de fonder sa maternité autrement que par la définition qu'en donne le Droit.

Éliminer le facteur biologique qui fait aujourd'hui la maternité au profit de ce volontarisme aboutit à en proposer une nouvelle définition. On pourrait ainsi imaginer que l'accouchement ne soit plus qu'une présomption de maternité qu'il serait possible, par exemple, d'écarter au moins lorsqu'il y a une coïncidence entre la génétique et l'intention et ce au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de son identité.

La solution est malgré tout déstabilisante parce qu'elle introduit, pour un faible nombre de cas, un fondement uniquement volontariste là où la cohérence reposait sur un fait biologique incontestable. D'où l'autre voie, plus rassurante car déjà balisée, de formater les volontés par les règles de l'adoption.

## 2. L'adaptation des règles de la filiation adoptive

En 1991, la Cour de cassation avait exclu la possibilité pour le parent d'intention d'adopter l'enfant au motif que « *cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère* » et « *portant atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* », si bien que ce processus constituait un « *détournement de l'institution de l'adoption* »<sup>1052</sup>. Aujourd'hui, le raisonnement n'a pas vraiment varié. Les juges du fond ont encore dernièrement invoqué la violation des principes essentiels susvisés pour exclure l'adoption dans un cas où le mari du père d'un enfant né grâce à l'assistance d'une mère porteuse demandait à l'adopter simplement dans le cadre d'un projet parental commun<sup>1053</sup>.

Même si on ne saurait donner aux arrêts rendus par la Cour européenne une portée qu'ils n'ont pas, on peut se demander si le refus de prononcer l'adoption de l'enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui sur le seul fondement de l'ordre public, ne serait pas contraire à son intérêt et à son droit au respect de sa vie privée et familiale.

Faut-il pour autant faire de l'adoption un « *moyen indifférencié* »<sup>1054</sup> d'établissement de la filiation et l'aménager de telle façon qu'elle devienne l'attelle<sup>1055</sup> d'un mode de procréation illicite ? Pour y aboutir, la loi devrait intervenir car, en l'état, l'esprit et la finalité de l'adoption empêchent d'y trouver une solution.

---

<sup>1052</sup> Cass. A. P. 31 mai 1991, préc.

<sup>1053</sup> Dijon, 3<sup>e</sup> ch. civ., 24 mars 2016, n°15/00057, Dr. fam. 2016, comm. 137, H. Fulchiron.

Au sujet de l'adoption de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui, la profession notariale s'est dernièrement interrogée sur l'obligation ou non d'instrumenter l'acte authentique de consentement à l'adoption émis par le parent d'origine. L'article 3.2.3 du règlement national prévoit en effet que « *Le notaire doit refuser de prêter son ministère [...] à l'élaboration des conventions contraires à la loi, frauduleuses ou qu'il sait inefficaces ou inutiles* ». Sous réserve de l'appréciation qui pourra être faite à l'avenir par les tribunaux, il est permis d'avancer que l'acte de consentement du parent d'origine à l'adoption de son enfant par le conjoint est un élément du processus d'ensemble constituant un détournement de l'institution de l'adoption et que, de ce fait, il peut être qualifié de convention contraire à la loi.

<sup>1054</sup> J. Hauser, Libres propos, in *La famille en mutation*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 57, 2014, op. cit. p.373, spéc. p.375.

<sup>1055</sup> V. à ce sujet : J. Hauser, L'adoption est-elle devenue le *factotum* de la filiation ? *JCP. G.* 2012, doct. n°1429.

Etendre l'institution consiste tout d'abord à revenir sur l'idée que l'adoption est uniquement un remède pour donner des parents à un enfant qui n'en a pas et à admettre qu'elle soit également organisée en vue d'accueillir un enfant qu'on appelle à la vie. Si l'argument est souvent avancé pour démontrer combien l'adoption est inadaptée à rendre compte de toutes les hypothèses de détournement de la filiation biologique<sup>1056</sup>, il paraît aujourd'hui dépassé. En effet, qu'on le veuille ou non, la finalité de l'adoption a déjà évolué depuis que la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe leur a corrélativement permis d'adopter un enfant. L'adoption rend ainsi possible ce que des parents de même sexe ne pouvaient jusque-là obtenir. Telle est également l'orientation retenue par la Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014 concernant l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère<sup>1057</sup>. Depuis, une assistance médicale à la procréation faite à l'étranger ou non, avec un don de gamètes ou pas, en couple ou en tant que célibataire, peut être suivie d'une procédure d'adoption en France par la conjointe de la mère, sans que l'on puisse y opposer la fraude et relever les circonstances entourant la procréation de l'enfant. L'adoption n'est donc plus seulement une fin pour l'enfant ; elle est aussi un moyen pour un couple ou une personne seule de se lier avec lui<sup>1058</sup>.

Aménager l'adoption oblige ensuite à réviser les conditions de sa légalité, soit de manière générale soit en introduisant des dispositions spécifiques à la situation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation<sup>1059</sup>. Cela impliquerait ainsi de ne plus réserver l'adoption au couple marié, l'enfant n'étant pas responsable de la nature du lien qui unit ses parents d'intention. Il faudrait également supprimer la condition de consentement du parent d'origine – conduisant à supprimer l'actuel article 323 plaçant la filiation en dehors du domaine des conventions –, écarter la condition d'agrément et revoir les modalités du contrôle judiciaire, soit en le supprimant (au prix de la suppression de toute évaluation sérieuse de l'intérêt de l'enfant et avec le risque que l'absence de contrôle étatique facilite les arrangements directs et conventions privées au mépris de l'ordre public), soit en le transformant en un contrôle social de critères d'opportunité appréciés à l'aune de l'intérêt de l'enfant (au risque cette fois, de conférer au juge le pouvoir de délivrer des « *permis de procréer* »<sup>1060</sup>). « *Afin de ne pas laisser venir au monde un enfant dont plus personne ne serait responsable* »<sup>1061</sup>, il pourrait enfin être proposé d'anticiper l'abandon de l'enfant par le jeu d'une adoption prénatale qui pourrait s'enclencher dès le début du processus médical, au stade de l'insémination ou du début de la

---

<sup>1056</sup> J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, préc., p.229. V. également, pp. 212-213 : « *L'adoption a, jusqu'alors, été conçue comme un remède pour donner une famille à des enfants qui s'en trouvent, par malheur, privés. Nul n'a songé à ce que des enfants puissent ou doivent être procréés en vue de l'adoption. Celle-ci concerne des enfants nés, non des enfants à naître.* »

<sup>1057</sup> Avis n° G1470006 et avis n° J1470007, 22 septembre 2014, *Dr. fam.* 2014, comm. 42, C. Neirinck. Selon les avis, « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

<sup>1058</sup> Une telle évolution, toutefois, n'est pas non plus irréversible. D'autres propositions visant à redonner à l'adoption son sens premier sont envisageables. Des réflexions mûries par des juristes ayant travaillé avec des psychiatres spécialistes de l'adoption y invitent, dans l'intérêt supérieur des enfants adoptés et pour permettre à l'adoption de continuer à jouer pleinement son rôle : *L'enfant oublié, op. cit.*

<sup>1059</sup> Certaines législations ont fait le choix de conjuguer la gestation pour le compte d'autrui à des procédures d'adoption simplifiées. C'est le cas du droit anglais selon lequel les parents peuvent introduire dans les six mois de la naissance de l'enfant une requête devant le juge (*parental order*) pour voir établir le lien de filiation à l'égard de l'enfant né d'une mère-porteuse : L. de Saint-Pern, *Le droit anglais*, in *La famille en mutation*, préc., p.413, spéc. p.421.

<sup>1060</sup> J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, préc., p.213.

<sup>1061</sup> A. Chaigneau, *Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé*, *RTD. civ.* 2016, p.263.

grossesse. A supposer qu'on l'admette, il y a dans cette proposition des écueils éthiques qu'il faudrait surmonter, notamment en raison de l'élimination anticipée et assumée du lien biologique entre l'enfant et la femme qui le porte.

Mais, avant de s'engager dans la voie de la refondation de l'adoption dont on peut contester l'opportunité au vu des risques relevés, il faut être en outre conscient de ses limites en cas de gestation pour le compte d'autrui. L'adoption est-elle vraiment l'outil idoine ? On peut en douter dans certaines hypothèses<sup>1062</sup>. Il est en effet difficile d'imaginer dans une société qui accorde tant de place au fait biologique que la mère d'intention soit amenée à adopter l'enfant issu de ses gènes. Le recours à l'adoption conduit surtout à accentuer la différence entre la parenté biologique et la parenté d'intention qui ne peuvent s'établir de manière simultanée et à relever l'ambiguïté de la nature de la filiation maternelle et les conditions de la conception de l'enfant ; bref à réintroduire le soupçon dans un contexte où l'adoption devrait être le moyen indifférencié de construire ou de reconstruire la filiation d'intention.

Malgré l'ambivalence apparente de la proposition et eu égard aux résistances du droit commun de la filiation devant l'expression des volontés individuelles, une autre solution pourrait être de créer un régime autonome et de consacrer une parenté nouvelle applicable aux enfants nés d'une gestation pour le compte d'autrui.

## **B. Vers la reconnaissance juridique d'une parenté volontaire ?**

Doit-on admettre dans tous les cas que la filiation est un don de la nature et non l'objet d'un projet parental ? La question, empruntée au rapport précité de la sociologue Irène Théry, est délicate à formuler ainsi car la filiation, précisément, n'est pas, en droit commun, l'objet possible d'une convention (C. civ., art 323). La règle intemporelle qui prévoit que l'on ne peut renoncer à une filiation a d'abord pour but de protéger l'enfant de la toute puissance de ses parents. Le droit peut-il leur en donner le pouvoir sans risques graves<sup>1063</sup> ? Un tel sujet ne peut être abordé dans le cadre d'une réflexion sur la seule gestation pour le compte d'autrui, ici envisagée.

La question du statut de l'enfant à la suite d'une gestation pour le compte d'autrui interdite sur le territoire français est autre. Sous cet angle, exclusivement, il serait permis d'invoquer un argument d'égalité entre enfants<sup>1064</sup>. Chaque enfant peut invoquer le droit à une filiation sur le fondement de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant. Le droit français doit donc offrir des solutions pour les enfants issus de conventions de gestation pour le compte d'autrui valablement pratiquées à l'étranger. L'idée d'une filiation fondée sur la volonté en ce domaine présente des inconvénients sérieux.

Outre qu'elle amène à choisir entre la parenté d'intention et l'engendrement charnel quel est le meilleur fondement à la filiation, elle aboutit à régler de manière autonome le statut de l'enfant, quitte à en faire un « *alibi juridique* »<sup>1065</sup> de licéité de l'opération.

Mais puisque l'adoption et les règles de la filiation par le sang s'adaptent difficilement à la dissociation de la maternité et aux revendications individuelles dont la marge d'expression n'est

---

<sup>1062</sup> Le rapport récent de la mission d'information sur les délocalisations procréatives rejette ainsi le recours à l'adoption : Rapp. Sénat n° 409, Y. Détraigne et C. Tasca, préc.

<sup>1063</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre III, sur les enjeux, pages 346 et s.

<sup>1064</sup> Ce que fait le rapport d'Irène Théry préc.

<sup>1065</sup> J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, préc., p.233.

plus circonscrite, l'institution d'une filiation dédiée pourrait être envisagée, cela d'autant plus qu'un enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui, dont la mère a renoncé à ses droits, n'a d'autre filiation possible que celle désignée dans la convention. Certains avancent ainsi, par analogie avec la possession d'état, qu'il n'y a pas lieu à distinguer entre celui qui a donné ses gamètes ou sa chair et celui qui a souhaité fonder une famille et assumer la charge de l'éducation<sup>1066</sup>.

L'une des solutions – bien que limitée au cas de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour le compte d'autrui – serait de reconnaître directement la filiation telle qu'établie en vertu de la loi étrangère et conformément à ses prescriptions. Cette proposition fréquemment avancée par les promoteurs d'un aménagement du droit de la filiation<sup>1067</sup>, aurait pour avantage d'établir de manière simultanée, la filiation à l'égard des deux parents d'intention, même n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant.

Certaines législations ont déjà tenté de régler les conditions de cette reconnaissance. Ainsi, en Espagne, avant qu'elle ne soit contredite par le Tribunal suprême<sup>1068</sup>, la Direction générale des registres et du notariat saisie de la demande de deux hommes mariés de transcrire sur les registres espagnols des actes de naissance établis par les autorités californiennes qui désignaient les deux hommes en qualité de parents des deux enfants nés d'une mère-porteuse, avait ordonné l'inscription des enfants et émis dans une instruction<sup>1069</sup> les conditions pour le faire, à savoir la régularité et l'authenticité formelle de l'acte étranger, le respect des droits procéduraux des parties, notamment de la mère-porteuse, et la conformité à l'intérêt de l'enfant et aux droits de la mère-porteuse (vérification de sa capacité et de l'existence d'un consentement libre et éclairé).

De même, en Allemagne, dans un arrêt du 10 décembre 2014<sup>1070</sup>, le *Bundesgerichtshof* a reconnu une décision californienne indiquant deux hommes, unis en Allemagne par un partenariat enregistré, comme pères de l'enfant, au motif qu'un refus serait contraire à son intérêt supérieur et à l'intérêt de la famille. La décision reconnaît ainsi non seulement la filiation d'intention doublée d'un lien biologique (l'un des deux hommes étant le père biologique de l'enfant) mais également la parenté uniquement d'intention.

Dans l'espace européen, et même si la Cour européenne n'a pas imposé à l'Etat français dans les arrêts *Menesson* et *Labassée*, d'instituer une parenté volontaire ou alternative pour les enfants issus d'une gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger, elle donne cependant les prémisses d'un principe de reconnaissance en soulignant que « *s'il est concevable que la*

---

<sup>1066</sup> A. Chaigneau, préc. ; L. Brunet, La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit, in *La gestation pour autrui*, ss. la dir. de G. David, R. Henrion, P. Jouannet et C. Bergoignan-Esper, Académie nationale de médecine, Lavoisier, 2011, p.105.

<sup>1067</sup> V. notamment : I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, spéc., p.198.

<sup>1068</sup> *Tribunal supremo, Sentencia* n°835/2013, 6 février 2014 : H. Fulchiron et C. Guilarte Martin-Calero, L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille, *Rev. crit. DIP*, 2014, 531.

L'arrêt du Tribunal suprême a fait l'objet d'un recours en nullité formé par les parents intentionnels. Il s'est alors prononcé par un « Auto » rendu le 2 février 2015 dans lequel il fait une analyse détaillée de la doctrine de la Cour européenne et conclut que les droits fondamentaux du couple et des enfants ont été respectés. A noter cependant que le droit espagnol ouvre la possibilité de créer des liens par l'adoption.

<sup>1069</sup> *Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, 5 octobre 2010.

<sup>1070</sup> BGH, 10 décembre 2014, XII ZB 463/13. Contrairement aux affaires soumises en France à l'appréciation de la Cour de cassation, la demande principale ne portait pas sur la transcription de l'acte de naissance étranger, mais sur la reconnaissance du jugement californien ayant établi ou déclaré la filiation à l'égard des deux hommes.

*France puisse souhaiter décourager ainsi ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (...), il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté »<sup>1071</sup>.*

Que penser d'une législation qui interdit tout en validant directement les effets de sa violation ? La contradiction est ici à son comble et justifie aujourd'hui encore le choix de l'abstention. Il est par ailleurs illusoire de croire que cette reconnaissance directe d'une parenté d'intention resterait sans conséquence sur la cohérence d'ensemble du droit commun de la filiation. Une telle proposition contient en son sein des risques protéiformes dont la réalité est certaine mais dont l'évaluation est difficile. Outre le risque d'encourager le tourisme procréatif, il est également de « transformer la filiation en un objet de droits subjectifs et non plus en l'institution de relations juridiquement organisées », donc en partie contraignantes<sup>1072</sup>. Enfin, il n'est pas certain que les enfants y trouvent avantage. Même s'ils y gagneront en sécurité, est-ce dans leur intérêt de leur reconnaître une filiation d'exception.

En définitive, il conviendrait, pour les raisons évoquées plus haut, d'éviter un régime autonome, pour le cas de gestation pour autrui, qui heurterait nécessairement le principe d'interdiction posé à l'article 16-7 du Code civil. La Cour de cassation française annonce un traitement au cas par cas du sujet, ce qui est la voie la plus sage. Pour éviter qu'un jour la Cour européenne ne mette la France aux pieds du mur sur la question du statut de l'enfant, il faudrait corrélativement mettre l'accent sur l'importance qu'il y aurait à aborder cette question à l'échelle internationale. En attendant, poser de sérieux garde-fous et envisager toutes les mesures permettant d'assurer *a minima* le respect des principes directeurs du droit de la filiation, permettraient d'éviter des prises de risque trop graves sur notre territoire.

### **Sous-section III. Le transsexualisme au regard de l'union et de la reproduction : quelle filiation pour l'enfant ?**

L'impact de la gestion par le droit du phénomène du transsexualisme est très peu étudié, voire totalement occulté<sup>1073</sup>. Pourtant, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 vient d'ouvrir la boîte de Pandore, déjà pourtant suffisamment entrebâillée pour que les conséquences des évolutions du droit ne soient plus guère maîtrisées, et même maîtrisables désormais sauf à envisager une réforme législative d'envergure<sup>1074</sup>.

L'état civil est un procédé d'identification, d'ordre public, sur la base duquel se trouve constatée la filiation de l'enfant : maternité (lien avec une personne inscrite de sexe féminin à l'état civil et ayant accouché de cet enfant<sup>1075</sup>) ; paternité (lien avec une personne inscrite de sexe masculin

<sup>1071</sup> Arrêt *Menesson*, §99 ; Arrêt *Labassée*, §78.

<sup>1072</sup> J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, préc., p.244.

<sup>1073</sup> C'est le cas par exemple dans un colloque précité : *La gestation pour autrui : resituer la France dans le Monde-représentations, encadrements et pratiques*.

<sup>1074</sup> Sur l'état civil, v. *supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 139 et s.

<sup>1075</sup> Avec cependant de forts questionnements depuis la loi précitée du 18 nov. 2016, v. *supra* spéc. p. 142 et s.



à l'état civil<sup>1076</sup>).

En autorisant le changement de sexe à l'état civil sur le fondement de l'apparence hors diagnostic médical, la loi du 18 novembre 2016 porte atteinte<sup>1077</sup> au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Elle le transforme en outil permettant d'affirmer une identité subjective, sans égard aucun pour la filiation et la protection de l'enfant déjà né ou à naître.

**La forme de l'union : la question du mariage au regard de la transsexualité.** Depuis la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013<sup>1078</sup>, le mariage est possible en France dans tous les cas de transsexualité. Pour la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1079</sup>, le droit de se marier est distinct de celui de fonder une famille, c'est-à-dire de prétendre à un hypothétique « *droit à l'enfant* ». Cependant, le mariage a une incidence sur la filiation de l'enfant par le jeu de la présomption de paternité du mari de la mère dès lors que l'union est formée entre un homme et une femme après changement d'état civil. Les époux n'ont pas en l'occurrence de « *droit à l'enfant*<sup>1080</sup> » sur le fondement du mariage mais leur mariage aura une incidence sur la filiation de l'enfant, le cas échéant.

Une question reste en suspens : quel est le sort du mariage contracté avant le changement d'apparence et la rectification de la mention du sexe à l'état civil<sup>1081</sup> ? Le divorce par consentement mutuel est possible et grandement simplifié depuis la loi du 18 novembre 2016<sup>1082</sup> ; le divorce pour faute supposerait de démontrer le comportement fautif de celui qui change de sexe (dissimulation par exemple) car lorsque le transsexualisme était considéré comme une pathologie - avec modification de la mention du sexe à l'état civil ainsi que de l'apparence consécutivement au traitement - ce traitement ne pouvait constituer à lui seul un grief suffisant<sup>1083</sup>. Cette jurisprudence devrait évoluer à la suite de la promulgation de la loi du 18 novembre 2016. En cas de cessation de la vie commune, il serait possible également de songer au divorce pour altération définitive du lien conjugal. Enfin, dans le cas d'une demande d'annulation postérieure au mariage, il faudrait démontrer qu'il y a eu erreur sur une qualité substantielle susceptible de vicier le libre consentement de l'époux demandeur. En l'absence de divorce ou d'annulation du mariage, la présomption de paternité aurait vocation à jouer, sauf lorsque le changement à l'état civil conduit à ce que les époux soient alors de même sexe.

**En ce qui concerne la filiation adoptive** quelle est l'articulation du Titre VIII du Livre 1<sup>er</sup> du Code civil avec la situation de transsexualisme<sup>1084</sup> ?

---

<sup>1076</sup> Indiqué comme père par le déclarant à l'officier d'état civil, le cas échéant ; à défaut ultérieurement *via* les procédures prévues en droit de la filiation.

<sup>1077</sup> Pour un auteur, ce n'est pas un problème puisque ce principe d'ordre public serait un « mythe » : A.-M. Leroyer, La filiation des enfants nés par GPA au regard du droit français, in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le Monde- représentations, encadrements et pratiques*, *op. cit.*

<sup>1078</sup> C. civ., art. 143.

<sup>1079</sup> CEDH 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/RU*, req. n° 28957/95, préc.

<sup>1080</sup> *Ibidem.*

<sup>1081</sup> Pour un approfondissement de la question, v. F. Hartman, Les effets de la modification du sexe à l'état civil, *Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux présenté par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/penaccess/libertes-famill/lecon1/sect2/i/c-effets-modification-sexuel/>

<sup>1082</sup> V. le dossier *Lexis-nexis* : Le divorce par consentement mutuel sans juge, *Dr. fam.* n° 7-8, juillet août 2016.

<sup>1083</sup> Deux exemples de prononcé de divorce : Nîmes, 7 juin 2000, *Juris-data* n° 2000-148085 et TGI Caen, 28 mai 200, *Juris-data* n° 2001-175610 (prononce le divorce demandé par l'épouse, aux torts exclusifs du mari devenu Transsexuel -HvF).

<sup>1084</sup> C. civ., art. 346 (adoption par un couple) et art. 343-1 (adoption par une personne seule).

Le cas de l'adoption est spécifique. Pour la jurisprudence européenne, « *est discriminatoire en raison du sexe, une distinction qui trouverait son origine dans la conversion sexuelle* »<sup>1085</sup>. En conséquence, un Etat ne peut interdire l'adoption coparentale à un couple homosexuel non marié à partir du moment où la loi l'autorise pour un couple hétérosexuel non marié<sup>1086</sup>.

En France, l'adoption par un transsexuel seul ne soulève pas de problème spécifique, autre que celui de l'intérêt de l'enfant. Quant à l'adoption par un couple de même sexe, elle est ouverte par la loi du 17 mai 2013, y compris lorsque l'un des membres du couple est une personne qui a obtenu le changement de sexe. L'admission du double lien de filiation maternel ou paternel par la loi du 17 mai 2013, dans le cas d'une adoption, permet au transsexuel d'adopter l'enfant de son conjoint de sexe identique ou de sexe opposé à son sexe apparent (C. civ., art. 6-1).

Les rapports des autorités médicales l'occultent mais une réflexion est ici aussi absolument nécessaire. *A minima* le principe de précaution invite à écarter l'éventualité d'une adoption dans les hypothèses évoquées ci-dessus. Il nous semble en effet que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur l'argument de non-discrimination fondé sur « *l'autodétermination rapportée à l'identité de genre* ».

**Quid dans la filiation en général ?** Compte tenu du caractère constitutif et non rétroactif du jugement de modification de sexe à l'état civil, le changement de sexe n'a pas d'incidence sur la filiation de l'enfant déjà né<sup>1087</sup>. La modification du sexe à l'état civil du transsexuel ne modifie pas l'acte de naissance de ses descendants, sous réserve de la question du prénom<sup>1088</sup>. S'agissant de la filiation de l'enfant né après le changement de sexe, la situation est plus complexe<sup>1089</sup>. En dehors du domaine du droit de l'adoption, le droit français pose le principe de l'impossibilité d'établissement d'un double lien de filiation paternel ou maternel<sup>1090</sup>. En conséquence, la filiation ne peut être établie qu'à l'égard d'un homme et d'une femme.

Le recensement systématique des hypothèses concernées permet d'observer les faits et d'appliquer les règles de droit. Le Conseil d'orientation de l'Agence nationale de biomédecine<sup>1091</sup> en donne des exemples qui peuvent servir de point de départ à la réflexion. Il s'alarme en évoquant le cas de transsexuelles féminines de naissance qui accoucheraient, après avoir conservé leur vagin, leur utérus et leurs ovaires, fécondés par un géniteur masculin<sup>1092</sup> ;

---

<sup>1085</sup> CEDH 30 avril 1996, *P.c/S. et Cornwall*, aff. C-13/94, Européen Court Reports 1996 I-02143.

<sup>1086</sup> CEDH 19 février 2013, *X et autres c/Autriche*, req. n° 19010/07.

<sup>1087</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 137 et s.

<sup>1088</sup> *Ibidem*.

<sup>1089</sup> F. Hartmann, *loc. cit.*

<sup>1090</sup> C. civ., art. 320 ; principe repris par le Conseil constitutionnel, décision préc. 17 mai 2013.

<sup>1091</sup> Avis du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, « autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle », 26 juin 2014.

<sup>1092</sup> *Ibidem*, extr. : « *qu'il faudrait éviter le cas où un homme à l'état civil viendrait à accoucher d'un enfant, sans être sa mère, ou bien si une femme à l'état civil venait à engendrer un enfant par ses spermatozoïdes, sans être son père* ». Et le Conseil d'orientation se demande si : « *Le maintien ou la réversibilité de la gamétogenèse à l'arrêt de l'hormonothérapie, d'une part, et la conservation des organes génitaux, d'autre part, permettraient l'accouchement d'enfants par des hommes à l'état civil, FvH, qui auraient conservé leur vagin, leur utérus et leurs ovaires et seraient fécondés par leurs conjoints ou compagnons* ». Or, il ne s'agit pas d'un homme qui accoucherait mais tout simplement d'une mère de sexe de naissance féminin ayant une apparence et un état civil modifié masculin. De même le Conseil envisage : « *la fécondation de femmes par leurs conjointes ou compagnes, des femmes à l'état civil, HvF, qui auraient conservé leur verge et leurs testicules* », il s'agit cette fois d'un père géniteur de sexe de naissance masculin ayant l'apparence et un état civil modifié féminins. La même instance se demande d'ailleurs « *si l'on prend le cas d'un couple de femmes, HvF/F, le droit peut-il dire qu'un enfant est né de deux personnes, qui sont deux femmes à l'état civil - dont l'une aurait donné ses spermatozoïdes ? Le législateur a déjà entériné, dans un couple marié de personnes de même sexe, l'adoption d'un enfant par le(la) conjoint(e) de l'autre* ».

ou bien la fécondation de femmes par des transsexuels masculins de naissance ayant conservé leur verge et leurs testicules, ayant une apparence et un état civil modifié féminin. L'incohérence au plan juridique, sur le terrain de la filiation, vient alors de la modification de la mention du sexe à l'état civil.

Quelles sont toutes **les configurations possibles de couples** comportant une ou deux personnes transsexuelles ?

- 1) HvF/H<sup>1093</sup> de sexe différent à l'état civil : procréation naturelle du couple impossible (seule option<sup>1094</sup>, la GPA étant interdite en France).
- 2) FvH/FvH de même sexe à l'état civil : procréation naturelle du couple impossible (sauf IAD homosexuelle interdite en France), possibilité éventuelle de procréation individuelle naturelle distincte, de chacune des deux personnes de sexe de naissance et géniteur féminin avec géniteur extérieur<sup>1095</sup>.
- 3) HvF/F de même sexe à l'état civil : procréation naturelle du couple possible.
- 4) FvH/F de sexe différent à l'état civil : procréation naturelle du couple impossible (sauf IAD homosexuelle interdite en France) ; même situation que cas n° 2 en matière de procréation naturelle ; possibilité éventuelle de procréation individuelle naturelle distincte de chacune des deux femmes avec géniteur extérieur.
- 5) FvH/H de même sexe à l'état civil : procréation naturelle du couple possible.
- 6) HvF/FvH de sexes différents à l'état civil : procréation naturelle du couple possible.

En conclusion, on peut dire que ces hypothèses se résument finalement à deux situations :

→ La situation de couples « homosexuels » selon le sexe biologique de naissance géniteur (1, 2 et 4). L'incohérence éventuelle viendrait de l'AMP si elle était autorisée, ce qui serait gravement dommageable eu égard aux conséquences relevées.

→ La situation dans laquelle seule subsiste une incohérence sémantique entre « sexe du géniteur » (3, 5 et 6) et « modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance à l'état civil ». C'est alors la mention de la modification de sexe sur l'acte de naissance du transsexuel à l'état civil qui crée une incohérence. Cette discordance peut porter préjudice à l'enfant, compromettre son développement<sup>1096</sup>, engendrer de multiples atteintes à la vie privée ainsi que

---

*et, donc, la reconnaissance par le droit que l'enfant a bien deux parents de même sexe* ». Dans le cas du transsexualisme, le changement de la mention du sexe sur l'acte de naissance à l'état civil n'atteste que d'un changement d'apparence et non d'une transformation physiologique. Par conséquent, l'enfant ne sera pas « né de deux femmes à l'état civil » : il est né d'un père de sexe de naissance masculin qui a une apparence et un état civil modifié féminins. C'est pourquoi l'établissement de la filiation de l'enfant au vu du sexe modifié à l'état civil pose problème.

<sup>1093</sup> Transsexuel Homme vers Femme (HvF) ou Femme vers Homme (FvH).

<sup>1094</sup> Sous réserve d'une adoption déjà envisagée *supra*, l'adoption pouvant être combinée avec les différentes solutions présentement abordées.

<sup>1095</sup> Dans ce cas, les règles de la filiation naturelle ambigu, plutôt biologique s'appliquent, les deux femmes ayant conservé leur fécondité. La situation s'analyse comme étant celle de deux mères ayant des enfants dont la filiation avec le père n'est pas établie. Le mariage de ces deux femmes ne devrait pas avoir d'incidence sur la filiation aux termes de la loi du 18 mai 2013 qui exclut l'application du titre VII du Code civil relatif à la filiation.

Si une adoption par deux femmes intervenait, le jugement constaterait que l'enfant est né à l'origine d'un homme et d'une femme, qu'il est devenu ultérieurement adoptable faute d'établissement du lien de filiation paternelle avec le géniteur. A condition que soit prononcée une adoption simple - le jugement ne tenant alors pas lieu d'acte de naissance de l'enfant à la différence de l'adoption plénière - de sorte que ce dernier ne pourra pas s'imaginer comme né de l'union sexuelle de deux femmes.

Les deux questions de la fraude à l'adoption et celle du préjudice de l'enfant délibérément privé de la possibilité d'établir sa filiation paternelle sont distinctes.

<sup>1096</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section I, pages 306 et s.

des discriminations.

## § 1. Le transsexualisme au regard de la procréation naturelle

**La problématique de la stérilité.** En France, le présumé de la stérilité rattaché au syndrome de transsexualisme a disparu du point de vue médical comme sur le terrain légal : dans son rapport précité, le Conseil d'orientation de l'Agence de biomédecine observait : « *en l'absence de castration chirurgicale, les personnes transsexuelles conserveraient leur capacité reproductive complète du fait du maintien ou de la réversibilité de leur gamétogenèse à l'arrêt du traitement hormonal et elles pourraient donc éventuellement procréer dans un cadre privé sans recours à la médicalisation par AMP* »<sup>1097</sup>.

En droit, les conditions d'une pathologie médicalement attestée et d'irréversibilité de changement d'apparence, posées par la jurisprudence (qui recouvrait celle de stérilité<sup>1098</sup>), ont disparu avec la nouvelle loi du 18 novembre 2016. Désormais, un changement de sexe à l'état civil peut être obtenu<sup>1099</sup> au vu de l'apparence et d'un comportement social qui renvoie au concept parfois utilisé en doctrine, mais non scientifique dans le domaine médical selon le Docteur Colette Chiland, spécialiste du transsexualisme<sup>1100</sup>, de « genre » – le « genre » n'imposant pas la nécessité d'une transformation anatomique des organes génitaux c'est-à-dire la stérilité<sup>1101</sup>.

**Influence du concept d'« identité de genre »<sup>1102</sup>.** Les textes européens et internationaux ont participé à cette évolution en interdisant d'exiger l'irréversibilité du changement de sexe, c'est-à-dire la stérilité, pour délivrer des documents officiels et surtout en se fondant sur la notion flottante « d'identité de genre ». Il peut il y avoir une dissociation entre cette « identité de genre », mentionnée en marge de l'acte de naissance en cas de modification par jugement, et le sexe inscrit sur l'acte de naissance<sup>1103</sup>. Cependant, à tous niveaux et dans tous les cas, le sort des conjoints, partenaires, enfants nés ou à naître et parenté est passé sous silence à l'échelle européenne. La loi du 18 novembre 2016 y consacre un article : art. 61-8. – « *La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification* », dont la portée a été analysée plus haut<sup>1104</sup>. Il ne s'agit pas cependant en l'occurrence de prendre en compte l'enfant mais de tirer les conséquences sur la filiation d'un jugement modifiant l'état civil, précisément

<sup>1097</sup> Avis du 26 juin 2014, *op. cit.*

<sup>1098</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, n° 10-26947 et 11-22490 ; Cassd. 1<sup>ère</sup> civ. 13 fév. 2013, n° 11-14515 et 12-11949.

<sup>1099</sup> V. *Supra* pour le détail des modifications apportées par la loi du 18 novembre 2016 sur le sujet : Partie I, Chapitre II, Section III, pages 139 et s.

<sup>1100</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre I, Section I, § 1, C, pages 40 et s.

<sup>1101</sup> L'arrêt de la CEDH, 2<sup>ème</sup> Section, 10 mars 2015 *Affaire Y.Y. C/ Turquie* (req. n° 14793/08, préc.) pose la question de savoir si la personne transsexuelle a le droit de demander une intervention de réassignation en ayant conservé ses facultés de procréation naturelle. La réponse anatomique est médicale (et sans doute différente pour l'homme et la femme). La situation de l'enfant qui naîtrait dans de telles circonstances n'a pas encore été envisagée. C'est probablement la raison de la position de l'Etat turc qui interdisait l'intervention chirurgicale de changement de sexe à une personne pouvant procréer. A l'inverse, la réponse de la Cour sous-entend que, pour elle, l'intervention chirurgicale va automatiquement entraîner la stérilité. Est-ce la raison pour laquelle elle n'a pas envisagé le sort de l'enfant ?

<sup>1102</sup> V. *Supra* pages 58 et s.

<sup>1103</sup> Que Colette Chiland appelait avec humour, la boussole du sexe ! « Bonheur ou malheur d'être fille ou garçon », FIAP Jean Monnet, avec K. J. Zucker, 30 janv. 2015, *Société française de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*.

<sup>1104</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 137 et s.

sans se préoccuper de l'enfant dans la pesée des intérêts.

Le Conseil de l'Europe s'est prononcé à plusieurs reprises<sup>1105</sup> sur la situation de la personne transsexuelle au regard du principe de non-discrimination sans jamais évoquer la question de l'enfant. Le Commissaire aux droits de l'homme<sup>1106</sup> et même le Parlement européen<sup>1107</sup> ont également, sans jamais aborder la question de l'enfant, invité les Etats membres « *à arrêter des dispositions reconnaissant aux personnes transsexuelles le droit de changer de sexe par le recours aux traitements endocrinologiques, à la chirurgie plastique et aux traitements esthétiques, et à leur garantir notamment la reconnaissance juridique, c'est-à-dire le changement de prénom et la rectification de la mention du sexe dans l'acte de naissance et les papiers d'identité* ». Devant les Nations Unies, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme<sup>1108</sup> s'est dit préoccupé par l'absence de dispositions accordant une reconnaissance juridique à l'identité des personnes transgenres, là encore sans poser la question de l'enfant. Par ailleurs, il est recommandé aux États membres « *de faciliter la reconnaissance juridique du genre de préférence des personnes transgenres et de prendre des mesures pour permettre la délivrance de nouveaux documents d'identité faisant mention du genre de préférence et du nom choisi, sans qu'il soit porté atteinte aux autres droits de l'homme*<sup>1109</sup>. » Ces derniers droits et l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>1110</sup> devraient être peu à peu pris en compte dans le débat et la réflexion au sujet des mesures à prendre, mais ce n'est pas le cas pour l'instant. Certaines législations nationales se préoccupent plus que d'autres de l'enfant. Dans certains Etats, la fertilité n'est pas concernée, dans d'autres, l'incapacité de procréer doit être avérée. En Suisse (2012), Suède (2013), Pays-Bas (2013), désormais France (L 18 nov. 2016) la stérilité préalable n'est pas exigée. Il suffit que la demande soit justifiée du point de vue médical et psychologique<sup>1111</sup>.

**Etat des personnes, transsexualisme et filiation.** L'état des personnes (situation personnelle et liens de parenté) est régi par le droit commun, avec la particularité que la mention du sexe

---

<sup>1105</sup> Recommandation CM/Rec (2010)5 : le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les « *mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre* » (31 mars 2010) ; Résolution 1728 (2010) Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « *relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre* » (29 avril 2010) ; Document thématique du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe « *Droits de l'homme et identité de genre* » (29 juillet 2009).

<sup>1106</sup> Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (2011) sur « *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe* ».

<sup>1107</sup> Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, J.O. Parlement européen 0033. Doc. de séance A3-0016/89, débat 11/09/89.

<sup>1108</sup> Le 15 décembre 2011, dans son premier rapport sur la situation des droits humains des lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres, le Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) appelle les gouvernements du monde entier à abroger toutes les lois discriminant les personnes à cause de leur orientation sexuelle et leur identité de genre ainsi qu'à garantir le respect de leurs droits fondamentaux. Extr du rapport : « Dans toutes les régions du monde, les personnes font l'expérience de la violence et de la discrimination à cause de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre. Dans de nombreux cas, la perception de l'homosexualité et des transgenres mettent ces personnes dans une position dangereuse », affirme le HCDH dans ce rapport publié jeudi et intitulé « Les lois et pratiques discriminatoires et les actes de violence contre les individus basés sur leur orientation sexuelle et l'identité de genre ». Le rapport a été remis par le HCDH au Conseil des droits de l'homme de l'ONU. Il ne s'agit pas d'un rapport liant les Etats. Sur le dépassement de mandat ayant conduit à ajouter aux traités, v. *Infra* 256 et s, spéc. 258 et s.

<sup>1109</sup> *Ibidem*.

<sup>1110</sup> V. sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence européenne s'agissant de l'exercice de l'autorité parentale, G. Hubert-Dias, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale*, thèse, *op. cit.*

<sup>1111</sup> Extrait de CEDH 10 mars 2015, *Strasbourg affaire Y.Y. c./ Turquie*, préc.

sur l'acte de naissance a pu être modifiée avant la naissance d'un enfant. Il sera dès lors *a priori* tenu compte du sexe modifié pour établir la filiation de l'enfant. La réponse toutefois ici n'est pas claire car les préceptes (l'état civil pourrait dépendre de la volonté) sur lesquels repose la loi du 18 novembre 2016 ne tiennent pas compte des règles du droit de la filiation. Par exemple, en l'absence de stérilité, le transsexuel femme devenue homme peut accoucher d'un enfant et le reconnaître<sup>1112</sup>, la mère étant celle qui accouche<sup>1113</sup>. En ce cas, le lien de filiation est d'ordre maternel alors qu'établi entre l'enfant est un homme à l'état civil<sup>1114</sup>. Dans le cas d'un transsexuel homme devenu femme, en revanche, l'homme à l'état civil pourrait assez facilement faire établir sa paternité.

Dans le cas d'un enfant déjà né avant le jugement de modification, la filiation de l'enfant ne s'en trouve pas modifiée<sup>1115</sup>. « Mon père a l'apparence et l'état civil d'une femme » ou « Ma mère a l'apparence et l'état civil d'un homme » dira l'enfant. C'était déjà le cas, avant la loi du 18 novembre 2016, dans des espèces tranchées par les tribunaux où la personne transsexuelle avait procréé avant le changement irréversible d'apparence sexuelle.

Observons avant d'approfondir qu'une circulaire a été demandée par des parquets à la Direction des affaires civiles et du sceau, estimant, qu'en l'état, « la loi du 18 novembre 2016 est inapplicable »<sup>1116</sup>. Le décret n° 2017-450 du 29 mars 2017, précité, a apporté des précisions sur la procédure à suivre<sup>1117</sup>.

Les cas sur lesquels la jurisprudence s'est déjà prononcée, fournissent un certain nombre de réponses aux questions soulevées par la procréation biologique et l'établissement de la filiation au regard de la transsexualité.

## A. L'analyse des jurisprudences relatives au transsexualisme

La question du droit à la parenté d'une femme devenue homme en couple avec une femme ayant eu recours à l'insémination artificielle avait été évoquée devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *X, Y, Z...* du 22 avril 1997<sup>1118</sup>. Dans cette affaire<sup>1119</sup>, la Cour européenne avait refusé de reconnaître le statut de père au compagnon transsexuel de la mère. La motivation est éclairante : « le droit au respect de la vie privée et familiale selon l'article 8 de la Convention européenne ne saurait être interprété comme imposant aux Etat parties l'obligation positive de reconnaître en tant que père légal une personne qui n'est pas le géniteur » (...) « il est primordial dans l'intérêt de l'ensemble de la Société de préserver la cohérence des règles du droit de la famille plaçant au premier plan l'intérêt de l'enfant ». Enfin, la Cour constate qu'il y a une « incohérence en particulier si le transsexuel conserve son sexe juridique

---

<sup>1112</sup> C. civ., art. 316.

<sup>1113</sup> C. civ., art. 325.

<sup>1114</sup> Dans les cas de dissociation totale entre le nouveau sexe et la filiation de l'enfant (un transsexuel FvH qui accoucherait d'un enfant), le ministère public peut contester la filiation de l'enfant en relevant son caractère invraisemblable, sur le fondement de l'article 336 du Code civil.

<sup>1115</sup> L. 18 nov. 2016, art. 61-8 nouveau du Code civil. Et V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 40 et s.

<sup>1116</sup> Procureurs interrogés.

<sup>1117</sup> V. sur ce décret *supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 137 et s.

<sup>1118</sup> CEDH *X, Y, Z. c/ Royaume Uni*, du 22 avril 1997, n° 21830/93. D. 1997, 583, obs. S. Grataloup.

<sup>1119</sup> Qui s'inscrit dans la lignée de l'arrêt CEDH 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume Uni*, préc. : « le droit de se marier est distinct de celui de fonder une famille ».

*au regard de certaines institutions juridiques et peut légalement devenir père/mère* »<sup>1120</sup>. Toutefois, en l'espèce, le transsexuel n'avait pas obtenu de changement de la mention du sexe à l'état civil. En France, la Cour de cassation y a apporté une réponse résolument négative, y compris après changement de sexe à l'état civil.

La première chambre civile de la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel<sup>1121</sup> ayant annulé la reconnaissance de l'enfant par un homme, à l'état civil, à l'origine de sexe féminin<sup>1122</sup>. La reconnaissance de paternité est nulle car « *contraire à la vérité biologique* »<sup>1123</sup>. En l'espèce, Mme C. en couple avec une autre femme de 1981 à 1994 a donné naissance le 27 septembre 1991 à Vincent conçu par une insémination artificielle avec le sperme d'un donneur. En 1993, sa compagne a fait reconnaître son état de transsexualisme, puis obtenu le changement de la mention de son sexe sur son acte de naissance adoptant le prénom de Michel. Ce dernier a reconnu Vincent en 1994. A la suite de leur séparation, Mme C. forme une action en contestation de la reconnaissance souscrite par Michel. Les juges de première instance, confirmés par la Cour d'Appel, ont jugé cette action bien fondée au motif que le caractère mensonger de la reconnaissance était démontré. De son côté, Michel avait fait valoir, en vain, que le recours à l'insémination artificielle avec donneur anonyme interdisait à la mère de contester la reconnaissance de paternité faite par le concubin sur le fondement de l'article 311-20 du Code civil, et qu'une telle reconnaissance ne pouvait être mise en cause sur le seul fondement de la vérité biologique. Toutefois, la Cour de cassation constate qu'« *aucun consentement à l'insémination artificielle n'a été établi et (qu')un tel consentement aurait été inefficace* »<sup>1124</sup>, *l'article 311-20 n'ayant été introduit dans le Code civil que par la loi du 29 juillet 1994 ; que la cour d'appel a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, en organisant un droit de visite (...)* »<sup>1125</sup>.

En l'état actuel du droit, l'établissement de la filiation de l'enfant par possession d'état de l'autre membre du couple, de sexe opposé au sexe apparent du transsexuel, devrait être corrélativement refusé en raison, notamment, de son caractère équivoque<sup>1126</sup>.

Il y a là une certaine incohérence : accepter un changement de sexe puis en refuser les conséquences<sup>1127</sup>. Cela pose la question de savoir s'il ne faudrait pas repensert la question, en

---

<sup>1120</sup> CEDH X, Y, Z. c/ Royaume Uni, du 22 avril 1997, *préc.*

<sup>1121</sup> Aix-en-provence 12 mars 2002, D. 2003.1528, note Cadou.

<sup>1122</sup> Cass. 1ère civ., 18 mai 2005, n°02-16336 : « *attendu que l'arrêt attaqué retient que la reconnaissance est contraire à la vérité biologique ...* ». Il s'agissait d'une question de filiation et de contestation de reconnaissance de paternité, dans des circonstances au demeurant peu communes : dans un couple homosexuel féminin, l'une des partenaires met au monde un enfant, conçu par insémination artificielle avec donneur anonyme – donc, sans filiation paternelle établie. Mais cet enfant va être reconnu en qualité de père par la compagne homosexuelle, devenue depuis de sexe masculin par l'effet du transsexualisme. Cette reconnaissance est contestée, et les juges la déclarent nulle : *RTD civ.* 2005, p. 583, J. Hauser.

<sup>1123</sup> Le pourvoi a donné l'occasion de se référer à la Convention de New York, expressément invoquée par le pourvoi. Le pourvoi invoquait, notamment, l'article 3 de la Convention de New York, en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans son arrêt de rejet du pourvoi, la première chambre civile précise que la cour d'appel « *a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de l'article 3 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, en organisant un droit de visite* ».

<sup>1124</sup> En l'espèce, la question de l'accès à la procréation médicalement assistée ne se posait pas puisque les conditions n'ont été posées qu'en 1994 alors que l'enfant était né en 1991. La question du consentement ne se posait donc pas.

<sup>1125</sup> Même arrêt.

<sup>1126</sup> C. civ., art. 311-2.

<sup>1127</sup> Un auteur écrit ainsi : « *le caractère constitutif du jugement de changement de sexe, d'une part, et l'exigence de l'altérité sexuelle, d'autre part, devraient conduire à admettre la possibilité pour le transsexuel de reconnaître*

amont, et réfléchir sérieusement à l'opportunité d'autoriser de tels changements de sexe. En effet, la question des répercussions sur autrui se posera toujours.

Par exemple, une décision de la Cour d'appel de Rennes<sup>1128</sup> a eu l'occasion de se prononcer sur le cas d'un transsexuel, Wilfrid devenu Chloé qui souhaitait rester marié. En se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Rennes a accordé à Wilfrid le droit de devenir Chloé à l'état civil et d'y modifier la mention de son sexe, mais elle a refusé qu'il soit fait mention du changement de sexe sur l'acte de mariage et les actes de naissance des enfants. En l'espèce, le mariage était antérieur au changement d'apparence. La Cour d'appel a donc dissocié la situation du transsexuel de celles des autres membres de la famille. Le choix individuel de l'un sera sans conséquence sur ses engagements antérieurs, sur la situation de l'épouse et sur celle des enfants.

Ainsi, contrairement aux rapports et résolutions précités à l'échelle européenne, les juridictions françaises et la Cour européenne restent vigilantes et prudentes en la matière lorsque l'intérêt de l'enfant est en jeu. Cette prudence existe aussi sur le terrain de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, la Cour a-t-elle considéré qu'il n'y avait pas de violation des articles 8 et 14, mais aussi 12 et 13 de la Convention, lorsque était ordonnée la suppression d'un droit de visite d'un transsexuel de sexe d'origine masculin à la demande de son ex-épouse en raison de son instabilité émotionnelle préjudiciable à l'intérêt de l'enfant<sup>1129</sup>.

Ou encore, les restrictions apportées au droit de visite d'un père transsexuel ne sont pas jugées contraires aux articles 8 et 14 de la Cour européenne ni discriminatoires, compte tenu de la marge d'appréciation des Etats : « *l'instabilité émotionnelle du transsexuel suite à son changement de sexe, est susceptible de perturber l'intégrité physique et le développement de la personnalité du mineur* »<sup>1130</sup>.

## **B. Comment articuler les hypothèses de transsexualisme avec le droit positif français de la filiation ?**

En ce qui concerne la **filiation biologique**, soit la stérilité est définitive, soit elle ne l'est pas.

**Dans le cas d'une stérilité définitive.** L'action relative à la filiation porte nécessairement sur la période antérieure à la stérilité définitive donc lorsque la fécondité rendait possible l'hypothèse d'une conception. Pour engager des actions en recherche de paternité ou de maternité et des actions en contestation de filiation, le demandeur doit se placer au moment de la conception, avec pour conséquence qu'un enfant peut être conduit à engager une action en recherche de paternité contre un homme de naissance mais d'apparence et d'état civil modifié féminins, et inversement. L'action obéira au régime de l'action en paternité ou en maternité même si le père, masculin de naissance a obtenu sur son acte de naissance la mention modifiée du sexe féminin. Cette mention n'a pas eu pour effet de le faire changer d'appartenance sexuelle

---

*l'enfant de l'autre membre du couple de sexe opposé au sexe apparent du transsexuel (...)* », F. Hartman, Les effets de la modification du sexe à l'état civil, *loc. cit.*

<sup>1128</sup>Rennes, 16 oct. 2012, n° 12/00535. L'arrêt était très attendu. En effet, le transsexuel qui demandait la rectification de son identité sexuelle sur l'état civil était marié et père de trois enfants. Par son arrêt du 16 octobre 2012, la Cour d'appel de Rennes répond en distinguant : la rectification est ordonnée pour l'acte de naissance, mais refusée pour l'acte de mariage et les actes de naissance des enfants.

<sup>1129</sup> CEDH 30 juillet 1998, *Aff. Kristina Sheffield et Horsham c/RU*, 31-32/1997/815-816/1018-1019, arrêt rendu par la grande Chambre.

<sup>1130</sup> CEDH 30 novembre 2010, *Aff. P.V. C/ Esp.*, requête n° 351159/09.



de naissance et génitrice.

On est alors « seulement » en présence d'une incohérence de temps et d'une incohérence sémantique de forme.

En ce qui concerne la fratrie, il n'y a pas d'incohérence, sauf si l'AMP était autorisée (V. ci-dessous).

**Dans le cas d'une fécondité conforme au sexe de naissance.** Les facultés naturelles de procréer conformément au sexe de naissance sont alors conservées par hypothèse.

Du point de vue médical, le Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine<sup>1131</sup> a constaté qu'« en l'absence de castration chirurgicale, les personnes transsexuelles conserveraient leur capacité reproductive complète du fait du maintien ou de la réversibilité de leur gamétogenèse à l'arrêt du traitement hormonal (...) ce qui signifie qu'elles pourraient donc éventuellement procréer dans un cadre privé sans recours à la médicalisation par AMP ».

Juridiquement, les actions en filiation classiques sont alors possibles avec la particularité que l'action sera dirigée contre une personne dont l'apparence et la mention du sexe à l'état civil auront été modifiés : action en recherche de maternité formée par l'enfant à l'encontre d'un homme d'apparence et d'état civil modifiés ; action en recherche de paternité exercée par l'enfant contre une femme d'apparence et d'état civil modifiés. *Idem* pour les actions en contestation.

La difficulté tient ici à ce que l'établissement hors contentieux de la filiation peut conduire à d'autres solutions. En effet, les pratiques à l'état civil et devant les parquets sont à la fois floues et incertaines. Les magistrats et officiers de l'état civil<sup>1132</sup> reconnaissent en l'occurrence procéder au cas par cas. Le plus souvent, la filiation sera établie au vu du sexe modifié. Par exemple, un transsexuel ayant l'apparence d'une femme mais étant homme à l'origine pourrait a priori (en application de la loi du 18 novembre 2016) reconnaître l'enfant en qualité de mère, avec un obstacle juridique de taille : la mère étant celle qui accouche cela suppose que l'on se passe de cette règle et cela ébranle corrélativement la règle *mater semper certa est*. En outre, en cas de contentieux, la juridiction pourrait annuler cette reconnaissance et le ferait en application de l'actuel droit positif jurisprudentiel.

A l'inverse, un transsexuel ayant l'apparence d'un homme mais étant femme à l'origine et ayant conservé sa capacité de procréation pourrait être a priori (en application de la loi du 18 novembre 2016) inscrit comme père sur l'acte de naissance de l'enfant, alors même que cet homme aurait accouché de l'enfant et qu'il en est mère par application des règles selon lesquelles la mère est celle qui accouche. En cas de recours le père pourrait aussi être déclarée mère...

Dans tous les cas, l'enfant pourra plus tard former un recours et obtenir un jugement énonçant que ce père est sa mère, ou l'inverse pour le premier cas...

Une circulaire est *a minima* nécessaire<sup>1133</sup>. Une nouvelle loi serait souhaitable sur les questions de fond. Le décret précité<sup>1134</sup> n° 2017-450 du 29 mars 2017 règle des points de procédure.

De telles incohérences révèlent qu'il existe en droit positif sur ce point, spécialement en législation depuis la loi du 18 novembre 2016, une absence totale de maîtrise des conséquences

---

<sup>1131</sup> Rapport précité du 26 juin 2014, *op. cit.*

<sup>1132</sup> Interviewés dans le cadre de la recherche.

<sup>1133</sup> Ce que réclament les procureurs interrogés.

<sup>1134</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 137 et s.

des dispositions édictées. Ceci tient à ce que l'état civil est utilisé pour revendiquer un droit subjectif alors que le rôle objectif de l'état des personnes est notamment d'assurer une filiation à l'enfant.

## § 2. L'assistance médicale à la procréation et le transsexualisme

Les lois de bioéthique<sup>1135</sup>, prévoient que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* »<sup>1136</sup>.

Comment envisager les conditions légales de l'AMP en cas de transsexualisme ?

### A. Les conditions légales de l'AMP au regard du transsexualisme

#### 1. Le sexe à l'état civil ou sexe corporel ?

La modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance à l'état civil se fonde sur le droit au respect de la vie privée et a pour but de mettre en concordance l'apparence d'une personne avec son identité officielle. Cette mention indique que l'intéressé a pris, à partir de la date du jugement, une apparence différente de son sexe d'origine. Elle n'indique pas que le sexe d'origine ait disparu.

Par conséquent, un couple FvH/F ne peut pas être juridiquement, médicalement et physiologiquement considéré comme composé d'un homme et d'une femme. Dans le cas HvF/H, aucune assistance médicale n'est physiologiquement envisageable, la GPA, interdite par la loi, ne faisant pas partie des AMP. Or, d'une part, l'Académie de médecine n'a pas encore tiré les conséquences juridiques de ses propres observations sur la fécondité des personnes transsexuelles. D'autre part, le cas de l'Étude Jouannet, Chiland, Clouet, Golse, Guinot et Wolf<sup>1137</sup> illustre des expériences hors du cadre prévu par le législateur en matière d'AMP<sup>1138</sup>.

L'approximation est en l'occurrence de mise. L'analyse du résumé de présentation d'une telle étude permet de le démontrer. Selon ses termes, « *en France les transsexuels féminin-masculin qui ont obtenu un changement d'état civil ont le droit de demander une insémination artificielle avec donneur pour la femme avec laquelle ils vivent (...) [l'étude] fut mise en place avec l'accord d'un comité d'éthique (...) 42 enfants nés de 28 couples ont été suivis de 2000 à 2012. Le programme continue* ». Or, les affirmations de la présentation et l'objet de cette étude appellent

---

<sup>1135</sup> L. n°94-654 du 29 juillet 1994, J.O. 30 juill.

<sup>1136</sup> CSP, art. L 2141-2.

<sup>1137</sup> Étude Jouannet, Chiland, Clouet, Golse, Guinot et Wolf sept. 2013, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, éd. 2013, Elsevier.

<sup>1138</sup> Fortement critiquée par plusieurs juristes et l'équipe du Docteur Lévy-Soussan. Également par C. Flavigny et M. Fontanon-Missenard, v. obs. in *L'enfant oublié*, op. cit.

les observations suivantes :

- En premier lieu, il convient de relever que l'objectif de cette expérience - « *un programme d'essai avec une étude prospective de suivi* » - ne correspond en rien à l'objet de l'article L. 2141-2, préc., du Code de la santé publique : « *remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* ». De façon plus générale, la transgression des conditions légales d'accès à une AMP n'est pas abordée par l'étude. La nature « expérimentale » de ce travail n'est pas analysée au regard de l'intérêt des enfants conçus hors du cadre légal fixé par les lois de bioéthique<sup>1139</sup>.
- En deuxième lieu, la stérilité du « couple » provient de l'identité de sexe, au regard du sexe d'origine du transsexuel, de ses deux membres. Il s'agit donc d'une stérilité résultant de l'homosexualité, au sens premier, et dans ce cas, tous les couples homosexuels pourraient prétendre à une AMP, avec une discrimination à l'égard des couples masculins puisque seule la GPA leur permettrait d'être parents et que celle-ci est interdite<sup>1140</sup>. Certes, un couple dont l'élément masculin est un transsexuel FvH est effectivement de sexe différent sur la mention modifiée de son acte de naissance (mais l'acte de naissance mentionne toujours le sexe de naissance féminin, le sexe masculin étant ajouté en marge de l'acte).
- Enfin, la rigueur « scientifique » d'une telle expérimentation sur l'être vivant mériterait d'être sérieusement évaluée<sup>1141</sup>. Le suivi n'est pas assuré selon des critères scientifiques<sup>1142</sup>. L'insémination a été pratiquée à condition que la transsexualité soit révélée aux enfants ce qui semble aléatoire et non vérifié puisque le suivi n'est pas obligatoire<sup>1143</sup>. Le docteur Lévy-Soussan, notamment, conteste vigoureusement la légitimité et la conformité aux règles de déontologie de telles expérimentations sur les enfants<sup>1144</sup>.

---

<sup>1139</sup> La conscience de cette transgression se manifeste indirectement par l'autorisation préalable demandée à un comité d'éthique. Une équipe médicale et un comité d'éthique sont-ils les autorités compétentes pour autoriser des expériences de cette nature sur des enfants ? Les autorités en cause doivent se prononcer au vu de l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris le législateur s'il devait connaître de la question.

<sup>1140</sup> Ce que ne manquent pas d'observer les autorités médicales, Agence de biomédecine, rapport préc. : « *certaines membres du conseil d'orientation s'interrogent aussi sur le fait d'institutionnaliser une forme d'exclusion de la procréation pour les êtres humains de sexe masculin. Sauf à imaginer la greffe d'utérus et la gestation masculine, la situation n'est pas symétrique pour les deux sexes de l'humanité : un couple de femmes HvF/F, procréant par « IAC » avec les spermatozoïdes de la femme transsexuelle HvF, exclurait toute participation d'un homme à la procréation. En revanche, les femmes seraient présentes dans tous les modes de procréation : HvF/F, FvH/F, FvH/H, HvF/H (femme donneuse d'ovocytes et/ou femme gestatrice nécessaires), HvF/FvH, HvF/HvF ou FvH/FvH (idem)* ». Les mêmes membres du comité d'orientation semblent oublier ici que la procréation est issue d'un couple et non d'un individu isolé. La procréation implique une triade. Ils semblent, surtout, ne pas avoir pris en considération les discriminations que ces diverses situations entraîneraient pour les enfants qui en seraient issus et les ex-conjoints d'unions antérieures, voire la parentèle toute entière.

<sup>1141</sup> La question de la responsabilité de l'équipe médicale pourrait être soulevée.

<sup>1142</sup> Le suivi n'est pas obligatoire. En 2013 : 3 couples sur 28 étaient séparés !

<sup>1143</sup> Condition très discutable au regard de ce que démontre l'équipe du Professeur Lévy-Soussan dans l'intérêt d'une bonne construction de l'enfant et qui est le secret dans l'AMP, donc *a fortiori* dans un cas comme celui-ci.

<sup>1144</sup> Le docteur Chiland, avec laquelle nous avons travaillé, émettait d'importants regrets et mettait en garde avec beaucoup d'énergie sur l'importance qu'il y a à ne pas faire entrer dans la norme des cas pathologiques. Elle regrettait que les récentes évolutions du droit mettent l'enfant en danger.

## 2. Pathologie ou non-pathologie / Stérilité subie ou volontaire

L'infertilité du couple présente-t-elle un « caractère pathologique médicalement » diagnosticable aux termes de l'article L. 2141-2 Code de la santé publique ? Cette interrogation renvoie, d'une part, à la définition même du transsexualisme et, d'autre part, à la composition du couple (rappelons qu'il s'agit de la stérilité du « couple »). Dès lors que la transsexualité n'est plus considérée comme une affection et que la fertilité est conservée, le couple est exactement dans la même situation qu'un couple hétérosexuel. Ainsi, l'AMP serait accessible aux couples hétérosexuels quelles que soient leur apparence et la mention de leur sexe à l'état civil au jour de la demande puisque le sexe géniteur reste le sexe de naissance.

Dans le cas où l'un des membres du couple a subi volontairement une intervention le privant de ses facultés de reproduction, les autorités médicales considéreraient comme contradictoire la demande d'AMP faite au médecin (cf. 3.), la stérilité ne provenant pas alors directement d'une maladie mais d'une cause volontaire<sup>1145</sup>. Un raisonnement plus scabreux consiste à soutenir que « si cette stérilité n'est pas directement pathologique, elle est tout de même étroitement liée à une pathologie que constitue le transsexualisme de sorte que l'on peut conjecturer que le caractère pathologique de l'infertilité sera reconnu »<sup>1146</sup>. Il s'agit là d'une base de raisonnement périmée puisque la transsexualité n'est plus liée à la pathologie. Cette pure « conjecture » ne porte alors que sur un seul individu et non sur le couple. Enfin, la même conjecture devient sans objet dans le cas de couple transsexuel dont chaque membre a conservé sa fécondité<sup>1147</sup>.

## 3. La conservation de gamètes ou de tissus reproductifs<sup>1148</sup>

L'Académie de médecine et l'Agence de biomédecine ont été saisies de demandes de conservation de gamètes ou tissus reproductifs en vue d'un projet parental éventuel<sup>1149</sup> : « il n'y a pas d'arguments documentés démontrant que les traitements hormonaux utilisés chez les personnes changeant de sexe entraînent des modifications irréversibles de la gamétogénèse et empêchent la fertilité de pouvoir s'exprimer naturellement ultérieurement. Il n'y a donc pas d'indication médicale évidente pour préserver les gamètes ou les tissus germinaux en l'absence de stérilisation chirurgicale ». De plus, « d'un point de vue médical, aucune utilisation de tissus germinaux conservés avant un changement de sexe n'est envisageable. L'utilisation des gamètes conservés ne serait "justifiée" que si le nouveau couple est homosexuel. Or, l'AMP pour les couples homosexuels et la GPA ne sont pas autorisés en France. Il n'y a donc actuellement

<sup>1145</sup> J. Hauser, obs. RTD civ. 1998, p.93

<sup>1146</sup> P. Murat, *J. Cl. Civil*, Art. 16 à 16-2, Fasc 40, n°21 ; P. Guez, « La mention du sexe dans l'état civil », Colloque Nanterre 2-3 avril 2004.

<sup>1147</sup> V. *Supra ci-dessus* : La stérilité, pages 229-232.

<sup>1148</sup> CSP, art. L. 2141-11 : « Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité... » ; Et en ce qui concerne le donneur v. CSP, art L. 1244-2, al. 3 : « lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au titre IV du Livre Ier de la première partie. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement du donneur ».

<sup>1149</sup> Académie nationale de Médecine, 25 mars 2014, rapporteur P. Jouannet. Et v. l'avis du Conseil d'orientation de l'Agence de biomédecine du 26 juin 2014, préc. Le Rapport Jouannet est cité.

*aucune possibilité d'utiliser les gamètes conservés sur le territoire français*<sup>1150</sup>».

Ainsi, médicalement, « *il n'y a pas d'indication médicale à conserver les gamètes préalablement à un traitement de conversion. De plus, la conservation de gamètes ne saurait être entreprise sans considérer les conditions de leur utilisation, que ce soit d'un point de vue médical ou légal. Enfin, le refus de conservation ne peut être assimilé à une discrimination à l'égard des personnes transsexuelle car le même refus « peut s'exercer dans d'autres circonstances, par exemple quand la demande de conservation est faite par un homme âgé de 75 ans qui doit être opéré pour un cancer de la prostate*<sup>1151</sup> ».

L'Académie de médecine conseille une réponse au cas par cas pour tous les cas de demande de cryoconservation de gamètes ou tissus reproductifs : « *depuis 2011, le législateur a placé la conservation des gamètes et tissus germinaux parmi les actes d'assistance médicale à la procréation ; cependant la réglementation encadrant la réalisation de ces actes est relativement imprécise. Cela est dû en partie au fait que les indications de ces actes sont variables (...). Une réglementation ne pouvant appréhender tous les aspects et conséquences de ce type d'acte, c'est au médecin d'en assurer ou non la mise en œuvre au cas par cas*<sup>1152</sup>».

La position des médecins face aux demandes de réassignation et de conservation des gamètes pour un projet d'AMP est cruciale :

Dans le cas d'une demande concomitante de stérilisation et de conservation de gamètes, on constate que les médecins se sentent instrumentalisés par les demandes contradictoires qui leur sont adressées. « *Les actes de stérilisation définitive et les actes de conservation de gamètes ou tissus reproductifs en vue d'une assistance médicale à la procréation sont des actes lourds, qui engagent leur responsabilité professionnelle. Il est probable que dans cette situation de demandes paradoxales, l'abstention soit la seule conduite possible. (...) Ceux qui font une demande de réassignation médico-chirurgicale, tout en souhaitant pouvoir engager à terme un processus de procréation avec des gamètes de leur sexe originel mettent les équipes médicales en contradiction. (...) On peut se demander s'il serait légitime pour les médecins de réaliser la castration chirurgicale, compte tenu de la très forte ambivalence de la demande et des implications irréversibles de l'acte médical en jeu* ». (...) « *Il est bien demandé à la médecine de réaliser deux actes médicaux contradictoires : d'un côté stérilisation sans nécessité médicale et, de l'autre, autoconservation de gamètes comme traitement palliatif de la stérilité*<sup>1153</sup>».

L'Agence de biomédecine en vient à poser la question suivante : cette demande « *n'équivaut-elle pas à une instrumentalisation de la médecine* »<sup>1154</sup> ?

#### **4. L'intérêt de l'enfant ?**

A partir d'une hypothétique situation portant atteinte à l'intérêt de l'enfant, imaginée par l'Agence de biomédecine, quelques précisions peuvent être posées et un principe dégagé : « *dans l'hypothèse d'un transsexuel devenu femme et procréant grâce à ses gamètes conservés, une même personne serait en position d'homme, donneur de gamètes, et de mère, en rupture*

---

<sup>1150</sup> *Ibidem.*

<sup>1151</sup> *Ibidem.*

<sup>1152</sup> *Ibidem.*

<sup>1153</sup> Avis du conseil d'orientation de l'Agence de biomédecine, 2014, préc.

<sup>1154</sup> [http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/avisco\\_autoconservationgametes\\_juin2014.pdf](http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/avisco_autoconservationgametes_juin2014.pdf).

*avec sa première position temporelle. On peut s'interroger sur ce qui permettrait à l'enfant de penser sereinement et sans angoisse cette dissociation, voire cette confusion de ses origines. Comment l'enfant pourrait-il penser que ce père potentiel qui a conservé puis donné ses gamètes pour qu'il soit conçu avec une femme qui sera sa mère, soit, à sa naissance, une femme, donc une mère<sup>1155</sup> pour lui ? Sa mère transsexuelle serait en double position psychique de père (donneur de gamètes) et de mère (par changement de sexe) ».*

Du point de vue anthropologique, la même instance remarque : « *le droit peut-il se construire dans le déni des conséquences anthropologiques qu'il induit, par exemple, en institutionnalisant la confusion qui résulterait de la naissance d'enfants à partir de deux personnes qui sont des femmes à l'état civil* ». Ici est bien mise en évidence, une nouvelle fois, l'incohérence qui résulte de la mention du changement de sexe sur l'acte de naissance.

Enfin, il y a lieu de soulever le problème que cela pose pour l'enfant au regard de la fratrie. L'agence de biomédecine relève : « *s'il y a des enfants nés d'un premier lit avant la réassignation sexuelle d'un membre du couple, celle-ci n'annulant pas les liens de filiation antérieurs, le droit peut-il dire que la même personne est, au même moment du temps, le père (père social et géniteur biologique) des enfants du premier lit et la mère (mère sociale et génitrice biologique par ses spermatozoïdes) des enfants du deuxième lit ?* <sup>1156</sup>»

L'Etude Jouannet, Chiland, Clouet, Golse, Guinot et Wolf<sup>1157</sup> donne un bon exemple des confusions possibles et de la complexité de telles situations pour un enfant : elle présente le cas d'une transsexuelle dont le sexe d'origine est féminin et dont l'apparence et l'état civil modifiés sont masculins. Si cette personne - qui vit en couple avec une femme inséminée par le sperme d'un donneur dont l'identité est secrète - a déjà des enfants déjà nés antérieurement à la stérilité : l'enfant n°1 dira : « ma mère est le père de ma sœur » ; l'enfant n°2 dira : « mon père est la mère de ma sœur », en parlant de la même personne. L'incohérence est, dans cette étude expérimentale, la conséquence directe et exclusive de l'intervention médicale. Une loi qui permettrait « la PMA pour tous » aurait pour conséquence de telles aberrations.

Les discriminations causées par les conditions de conception de l'enfant lui portant un préjudice distinct de celui de la naissance, sont-elles susceptibles d'ouvrir un droit à réparation pour l'enfant ?

Il s'agit alors d'envisager une action en réparation du préjudice résultant non pas de la naissance, mais des circonstances de la conception.

L'action pourrait aussi être fondée sur le « préjudice d'incertitude » résultant d'une filiation biologique rendue volontairement inconnue ou incohérente, par analogie avec le « préjudice d'anxiété » défini comme une « situation d'inquiétude permanente »,<sup>1158</sup> d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme vient de réaffirmer que l'intérêt de l'enfant est d'établir sa filiation « réelle »<sup>1159</sup>.

---

<sup>1155</sup> En énonçant « une femme donc une mère » (le mot donc est souligné par le rédacteur), l'autorité médicale opère un raccourci inexact entre la qualité de femme et celle de mère. La mère est en principe celle qui accouche ou qui est déclarée mère par un jugement se prononçant sur le lien de filiation maternel.

<sup>1156</sup> Avis du Conseil d'orientation de l'agence de médecine, préc.

<sup>1157</sup> Etude Jouannet, Chiland, Clouet, Golse, Guinot et Wolf, publiée en sept. 2013, *op. cit.*

<sup>1158</sup> Dans les cas d'exposition à l'amiante : Cass. soc., 11 mai 2010, n°09-42241 ; Cass. soc., 4 déc. 2012, n°11-26294 ; Distilbène : Cass. 2ème, civ., 2 juillet 2014, n°10-19206 ; Médiateur : TGI Nanterre, ch.ref. 28 janvier 2016, n°15/01582 et n°15/01743.

<sup>1159</sup> Aff. *Mandet c/ France*, préc.

Peuvent être en outre évidemment envisagées les mesures suivantes : retrait ; assistance éducative. On devrait d'ailleurs s'inquiéter de ce que cela ne soit pas déjà le cas lorsque le lien de filiation légal n'est pas établi conformément aux règles de droit français, l'enfant résidant alors chez des adultes n'ayant aucun titre à exercer sur lui l'autorité parentale, suivant en cela l'exemple de l'obligation de remettre un enfant trouvé aux services sociaux avant tout placement dans le but de protéger l'enfant des trafics et maltraitements.

## B. La gestation pour autrui et le transsexualisme

L'Agence de biomédecine sur « la gestation pour autrui » et « l'ouverture de l'AMP aux couples de personnes de même sexe » puis l'Académie Nationale de Médecine dans son rapport « *La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe* »<sup>1160</sup> raisonnent autour de deux hypothèses d'école :

Selon la première, un HvF fait conserver son sperme qui sert à féconder un ovocyte implanté chez la gestatrice. S'il obtenait la possibilité d'établir un lien de filiation maternelle, il serait alors le « père biologique et la mère juridique » de cet enfant<sup>1161</sup>.

Dans la seconde hypothèse, ces instances imaginent qu'une « *FvH fait conserver ses ovocytes fécondés par le sperme d'un donneur et l'embryon est porté par une gestante (...) Cette femme serait alors "mère biologique" et si elle obtenait la possibilité d'établir un lien de filiation paternelle, "père juridique de l'enfant"* ».

La réalisation médicale en est actuellement interdite<sup>1162</sup>. Nous retrouvons en l'occurrence les problématiques propres aux pratiques de GPA<sup>1163</sup>.

L'établissement juridique d'un tel lien de filiation, s'il était par extraordinaire établi, serait aléatoire et extrêmement fragile car, selon l'article 332 du Code civil, « *la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant* » et « *la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* ». En outre, selon l'art 336 du Code civil, « *la filiation légalement établie peut-être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* ». De telles filiations peuvent en outre être contestées par le Ministère public lors des demandes de transcription d'actes d'état civil étrangers, de visas ou toute autre démarche publique, à condition, toutefois, que ces procédures soient engagées dans les délais de prescription<sup>1164</sup>. Compte tenu de l'ampleur des fraudes, il serait d'ailleurs judicieux que le législateur envisage d'allonger les délais de prescription afin de permettre au Ministère public et aux enfants conçus dans ces circonstances, de faire valoir leurs droits, sans se retrouver paralysés par une fausse filiation complètement verrouillée. Si ces actions étaient rendues impossibles par des manœuvres contraires à la loi, on pourrait envisager, au minimum, une action en réparation engagée par l'enfant ou son représentant à l'égard des auteurs de manœuvres et leurs co-auteurs, y compris médicaux.

---

<sup>1160</sup> Rapp. Et avis cités ci-dessus.

<sup>1161</sup> Sous l'angle du droit français, cela supposerait de modifier les règles actuelles car, en l'état du droit positif, la mère est celle qui accouche ; on peut toutefois imaginer un acte d'état civil étranger établissant la maternité de la mère d'intention, transsexuelle, dans ce cas.

<sup>1162</sup> C. pén., art 227-12 et 13 ; C. civ., art. 16-1 et s.

<sup>1163</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section II, pages 124 et s.

<sup>1164</sup> C. civ., art. 321.

## Conclusion :

Lorsque la stérilité est établie, les incohérences résultent de l'intervention médicale actuellement prohibée (cf. AMP). Lorsque la fertilité du transsexuel est conservée, les incohérences sociales proviennent, au plan juridique, de la mention du changement de sexe à l'état civil. En cas de conflit de filiation, les règles de la filiation s'appliquent normalement en fonction du sexe de naissance qui est aussi sexe procréatif. Toutefois, et bien que ce soit contestable au regard des règles de droit, l'établissement de la filiation pourrait se faire, en raison des incertitudes qui existent en la matière et spécialement depuis la loi du 18 novembre 2016, sur la base du sexe modifié. En pareil cas, la filiation établie est fragile : l'enfant pourrait la contester ; le Ministère public également.

Au regard des conclusions dégagées dans le présent rapport, il est certain que les éventualités envisagées n'aideraient pas l'enfant à se construire et sont de nature à le mettre en danger<sup>1165</sup>. La suppression de la mention du sexe à l'état civil serait la pire solution de toutes, *a fortiori* choisie. La question de la responsabilité à l'égard des enfants se pose d'ores et déjà pour les cas existants. Une réflexion sur l'intérêt de l'enfant et les réponses appropriées du droit doit être lancée.

Corrélativement, il paraît indispensable, à ce stade de la réflexion, de distinguer le « droit d'accéder à l'aide médicale à la procréation » de celui « d'obtenir un enfant » et tout autant de distinguer le « droit d'accéder à l'aide médicale à la procréation » et celui de « l'obtenir » en présence d'un avis médical négatif et, enfin, de poser la question cruciale de la responsabilité pénale, administrative, déontologique, disciplinaire et civile de l'équipe médicale.

Quant à un « droit à l'enfant », « *la liberté d'engendrer une descendance de ses propres gènes dans la sphère privée de la procréation naturelle est, certes, un droit-liberté reconnu et défini dans les Etats démocratiques, mais ce droit-liberté (droit-de) implique-t-il un droit-créance (droit-à) à une descendance de ses propres gènes ?*<sup>1166</sup> » Un Etat démocratique peut-il convertir ce désir, reconnu de fait comme légitime, en un droit, opposable pourrait-on dire, à la réalisation de ce désir, par des moyens et recours construits, comme ici des techniques biomédicales ? Tout désir ne crée pas un droit et tout droit comporte des conditions et limites. Il conviendrait donc de s'interroger sur les intérêts légitimes des personnes, comme de la société dans son ensemble, qui seraient, à plus ou moins long terme, mis en cause par un « droit à une descendance de ses propres gènes », à commencer, pour l'enfant, par l'inégalité ontologique « *résultant de sa situation en rupture avec l'universalité de la conception* »<sup>1167</sup>, la discrimination étant ici peu de choses au regard d'une mise en danger de l'enfant et de la responsabilité des adultes à l'égard de ce dernier.

---

<sup>1165</sup> Colloque « Père ou Mère ? Entre bisexualité psychique et différence des sexes », Faculté de Médecine, 7 novembre 2015. Extraits : « *au niveau moléculaire le plus élémentaire, la différence engendre le lien. Dans la triade père-mère-enfant, l'écart entre le Masculin et le Féminin n'est pas une séparation mais un espace créatif indispensable à la construction psychique. L'enfant a besoin d'utiliser ces deux composants (Masculin et Féminin) pour bien grandir. A contrario priver l'enfant de cet espace c'est le violenter et compromettre son développement* ».

<sup>1166</sup> Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, 26 juin 2014, préc.

<sup>1167</sup> *Ibidem*.



## Chapitre II. L'analyse des difficultés spécifiques liées aux conflits hiérarchiques de normes

Les difficultés juridiques étudiées dans le précédent chapitre sont aggravées par l'existence de conflits hiérarchiques de normes.

L'émergence d'un « droit à l'enfant » est récente. L'évolution de la jurisprudence interne penche actuellement dans le sens du « favorable à<sup>1168</sup> » un « droit à l'enfant », à la suite du vote de la loi précitée du 17 mai 2013. Une analyse des décisions rendues par la Cour de cassation en rend compte (Section III).

Le Conseil Constitutionnel a, toutefois, au contraire proclamé, que les dispositions de la loi du 17 mai 2013 n'ont ni pour objet ni pour effet de consacrer un « droit à l'enfant »<sup>1169</sup>. Avec quelle portée (Section I) ? Enfin, dans quelle mesure le droit international impacte-t-il ces évolutions (Section II), la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1170</sup> ayant très récemment décidé que : « la Convention (européenne des droits de l'homme) ne consacre aucun droit de devenir parent » ?

### Section I. Les conflits de norme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Il convient de commencer par quelques remarques liminaires relatives à l'intervention du Conseil constitutionnel sur les questions en cause dans le rapport. Tout d'abord, les modalités de l'intervention du Conseil constitutionnel doivent être distinguées selon que l'on se trouve dans la situation d'un contrôle *a priori*<sup>1171</sup> ou d'un contrôle *a posteriori*<sup>1172</sup>. En second lieu, la position du Conseil en matière de contrôle de conventionalité doit être rappelée.

**Dans le cadre du contrôle *a priori*.** Le Conseil intervient alors en fonction des arguments développés par les requérants ; or, l'hypothèse d'un « droit à l'enfant » n'a été que très rarement développée dans les saisines du Conseil. C'est pour la première fois en 2013, à l'occasion des saisines mettant en cause la constitutionnalité de la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe, que la question fut clairement soulevée ; et c'est donc à l'occasion de cette décision que le Conseil a utilisé pour la première fois cette expression de « droit à l'enfant ».

**Dans le cadre du contrôle *a posteriori*.** Dans ce cadre, la situation est fondamentalement différente dans la mesure où les recours interviennent dans une perspective plus classiquement « juridictionnelle ». La question du « droit à l'enfant » peut alors se voir invoquée dans deux hypothèses : soit de la part de requérants qui estimeraient que le « droit à l'enfant » dont ils disposeraient n'aurait pas été respecté ; soit encore par des requérants (spécialement dans le cadre de recours pour excès de pouvoir déposés contre des textes réglementaires) qui

---

<sup>1168</sup> *Infra* pages 281 et s.

<sup>1169</sup> *Infra* page 254.

<sup>1170</sup> CEDH aff. *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, gr. C., req. n° 25358/12, préc., du 24 janvier 2017, v. *supra* Partie II, Chapitre I, Section I, § 1 et *infra* Partie II, Chapitre II, Section II, § 3.

<sup>1171</sup> Constitution, art. 54 et 61.

<sup>1172</sup> Constitution, art. 61-1.

dénonceraient une consécration d'un « droit à l'enfant » réalisée en contradiction avec les normes constitutionnelles. Force est de constater qu'à ce jour, aucune question prioritaire de constitutionnalité (QPC), ni dans une hypothèse, ni dans l'autre, ne s'est appuyée explicitement sur de telles considérations.

**La position du Conseil constitutionnel sur le contrôle de conventionalité.** Depuis sa décision du 15 janvier 1975<sup>1173</sup> (la première rendue sur saisine parlementaire après la révision de 1974), le Conseil constitutionnel refuse d'exercer tout contrôle de conformité de la loi aux conventions internationales. Les conséquences procédurales de cette position sont connues : ce sont les juridictions ordinaires qui sont amenées à se prononcer sur la conformité des normes internes aux stipulations internationales<sup>1174</sup>. Cela se révèle particulièrement important dans la mesure où quantité de dispositions relatives aux droits de l'enfant résultent de conventions internationales. Certes, la création de la QPC permet de redonner indirectement et en partie la main au Conseil, sur les mises en cause de la loi *a posteriori* (les droits et libertés protégés par les textes conventionnels – spécialement la Convention européenne des droits de l'homme – sont souvent équivalents à ceux que la Constitution garantit<sup>1175</sup>). Dans ce contexte, les normes constitutionnelles applicables sont les suivantes :

## § 1. Les normes constitutionnelles applicables

**Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. 10.** La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

**11.** Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

Le 10<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946 a fondé la protection de l'individu et de la famille en matière de pacte civil de solidarité<sup>1176</sup>. En outre, il implique le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant<sup>1177</sup>.

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a cependant été déclarée conforme à la Constitution française par la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013<sup>1178</sup>.

---

<sup>1173</sup> C. const. Décision n° 75-44 du 15 janvier 1975, *IVG*.

<sup>1174</sup> Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre* et CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*.

<sup>1175</sup> « *Les principes dont il [le juge] fait application dans le premier cas sont, en pratique, souvent voisins de ceux qu'il aurait à retenir si lui-même ou le Conseil constitutionnel était habilité à statuer sur la conformité à la Constitution de la loi promulguée* » ; *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, rapport au président de la République remis par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, 29 oct. 2007, p. 88.

<sup>1176</sup> PACS / droit filiation : 99-419 DC, 9 nov. 1999, § 77, 78, 81 et 82.

<sup>1177</sup> 2013-669 DC, 17 mai 2013, § 16, 53 et 54.

<sup>1178</sup> Le Conseil constitutionnel français n'est pas le seul à avoir décidé la conformité à la constitution du mariage des couples de même sexe. Le tribunal constitutionnel espagnol l'a fait alors que la Constitution l'excluait expressément. Pour une analyse approfondie, v. L. Burgorgue Larsen, *La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille*, *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* n° 39, avril 2013.

**Bloc de constitutionnalité.** Depuis 1971, et ici en lien avec le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ont été introduits, par la jurisprudence du Conseil, des principes à valeur constitutionnelle. Le principe de dignité en fait partie.

Le rappel, par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, des droits inaliénables et sacrés de tout être humain souligne, en effet, la prééminence de l'homme dans l'édification du droit<sup>1179</sup>.

Le Conseil constitutionnel<sup>1180</sup> en a déduit que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ». Cette décision a été prononcée dans l'exercice d'un contrôle *a priori* de la loi relative au respect du corps humain de la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Ce principe n'a pas toutefois été utilisé dans le cadre du recours contre la loi du 17 mai 2013. Il pourrait l'être s'agissant de conventions ayant l'enfant pour objet ou de contrats de « location d'utérus », ou de « mère porteuse ».

## § 2. L'impact de la décision du 17 mai 2013

La conformité à la Constitution de la loi du 17 mai 2013 a été décidée par le Conseil constitutionnel (préc.)<sup>1181</sup>, par une décision du même jour.

Le Conseil constitutionnel (décision préc., du 17 mai 2013, considérant n° 21) n'aperçoit pas dans la définition du mariage de l'homme et de la femme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946<sup>1182</sup>, ajoutant aux critères habituels exigés pour caractériser l'existence d'un tel principe<sup>1183</sup>.

Par ailleurs et sous l'angle de la protection de l'enfant, trois règles à dimension constitutionnelle sont corrélativement occultées :

En premier lieu et comme rappelé ci-dessus, la protection de l'enfant est visée à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Le droit de la filiation est entièrement innervé par le souci de protéger l'enfant *via* un jeu de règles, de principes et de présomptions<sup>1184</sup> permettant, au mieux, l'établissement de sa double filiation maternelle et paternelle, le droit de l'adoption -institution protectrice de l'enfance palliant la famille d'origine dans des cas heureusement peu

---

<sup>1179</sup> J.-D. Sarcelet, L'être humain dans tous ses états de droit ; approche jurisprudentielle, *loc. cit.*

<sup>1180</sup> Cons. const. fr., Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

<sup>1181</sup> Sur les aspects de droit constitutionnel, V. G. Drago, La loi et l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel, dossier *La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, *Revue Française de Droit Administratif*, 2013, n°5, p. 93.

<sup>1182</sup> Pour une analyse approfondie, v. J-C Ricci, Le mariage entre personnes de même sexe et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, in *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales* (dir. Méлина Douchy-Oudot), pp. 83-103.

<sup>1183</sup> P. Devolvé, Mariage : un homme, une femme, *Le Figaro* 8 nov. 2012 ; F.-X. Bréchet, La constitutionnalité du « mariage pour tous » en question, *JCP, éd. G.*, n° 51, 17 déc. 2012, doct. 1388 ; L. Candide (pseudonyme choisi expressément dans le but de protéger la carrière universitaire de l'auteur, ce qui interpelle) : Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français, *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2012, p. 7.

<sup>1184</sup> Titre VII du livre I<sup>er</sup> du Code civil, « La filiation ».

nombreux - étant calqué sur le droit commun de la filiation par un renvoi à celui-ci *via* l'article 358 du Code civil<sup>1185</sup>. Le leitmotiv de notre droit commun de la filiation est l'arrimage de l'enfant à ses père et mère ; le leitmotiv de notre droit de l'autorité parentale, ce sont, en corrélation avec le titre VII relatif à la filiation, les besoins différenciés de l'enfant à l'égard de ses père et mère<sup>1186</sup>. La chambre criminelle de la Cour de cassation française énonce, sur le fondement des alinéas 10<sup>1187</sup> et 11 du préambule de la Constitution de 1946 et de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, que : « *la prise en compte des besoins et le respect des droits [de l'enfant] constituent des motifs d'intérêt général répondant à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties (...)*<sup>1188</sup> ». Le Conseil constitutionnel, dans la décision précitée du 17 mai, n'a pas suivi l'appel de la Cour de cassation à ce que le contrôle de constitutionnalité ait lieu également sous cet angle.

En deuxième lieu, les principes essentiels du droit français<sup>1189</sup> renvoient à la double ascendance maternelle et paternelle de l'enfant. Sur ce fondement, des décisions judiciaires ont été rendues, justifiant par exemple que les adoptions prononcées à l'étranger au profit d'un couple de même sexe n'aient pas reçu l'*exequatur* sur le territoire français<sup>1190</sup>. Certes, ces principes essentiels ont valeur législative. Toutefois, par ce fondement, la Cour de cassation avait essayé de résister à ce que cherchaient à lui imposer les évolutions du droit en dehors de nos frontières. Le Conseil constitutionnel a éliminé cette possibilité en les occultant. D'où la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation qui tire les conséquences de la loi du 17 mai 2013 en notre domaine<sup>1191</sup>. Le Conseil constitutionnel aurait très bien pu raccrocher ces principes essentiels à l'alinéa 11 du Préambule de 1946 précité ou encore à la catégorie des principes à valeur supérieure en ce qu'ils puisent leur ancrage, notamment, dans la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant. Cependant, le Conseil constitutionnel refuse tout contrôle de conventionnalité<sup>1192</sup>, comme rappelé ci-dessus, et n'a pas réalisé de contrôle de constitutionnalité au regard de l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

Enfin, la constitutionnalité de la loi du 17 mai 2013 pose problème au regard du principe d'égalité des enfants. Le droit de l'adoption renvoie au droit commun de la filiation, dans

---

<sup>1185</sup> Pour une étude du droit de l'adoption analysant ce principe d'assimilation et les réserves à l'égard de l'adoption par une personne seule qui avait un rôle à jouer après la guerre de 14-18 dans un cadre bien délimité mais pose problème aujourd'hui au regard des besoins de l'enfant, v. P. Lévy-Soussan, *Destins de l'adoption*, éd. Fayard 2010, préc., et v. C. Brunetti-Pons, La proposition de loi relative à la protection de l'enfant : analyse sous l'angle de l'adoption, *Gaz. Pal.* 4-6 janvier 2015, pp.5-10, et v., du même auteur, L'enfant sujet de droits, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, préc., pp. 231-254. Rapp. *infra* pages 306 et s.

<sup>1186</sup> Allant jusqu'à la résidence alternée après divorce ou séparation dans la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, ce qui est excessif car ne tient pas compte précisément des besoins différenciés donc de l'importance de l'attachement à la mère et de l'allaitement dans la phase primale, V. M. Herzog-Evans et C. Brunetti-Pons, Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise ne danger, *RJPF* 2014, n° 7/8 (pp. 11-18) et 9/7 (pp. 12-18).

<sup>1187</sup> « *La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.* »

<sup>1188</sup> Cass. crim., 22 janvier 2013, n° 12-90065.

<sup>1189</sup> Les principes essentiels reconnus par le droit français procèdent du souci de donner un contenu plus intemporel à l'exception d'ordre public en droit international privé. En 2010, la première chambre a opposé pour la première fois ces principes essentiels du droit français pour refuser l'*exequatur* : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 juillet 2010, *Bull. civ. I.* n° 162.

<sup>1190</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, n° 11-30261 et 11-30262 : « *est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil, valant acte de naissance, emporte inscription d'une enfant comme né de deux parents du même sexe* ».

<sup>1191</sup> V. le rapport de M. l'avocat général J.-D. Sarcelet au sujet des avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014.

<sup>1192</sup> Décision précitée, considérant n° 57.

l'intérêt de l'enfant, et donc notamment aux principes, écartés désormais pour la filiation adoptive (C. civ., art. 6-1), selon lesquels :

1° L'article 320 du code civil fait « *obstacle à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant* », ce que le Conseil constitutionnel rappelle bien pourtant dans sa décision du 17 mai 2013 pour la filiation du titre VII (la filiation en général)<sup>1193</sup> ;

2° L'enfant ne peut être l'objet d'une décision ou convention (C. civ., art. 323), donc la volonté ne peut le priver de sa filiation paternelle ou maternelle, voire des deux, selon les cas.

Dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil se justifie en rappelant que l'article 358 du Code civil offre aux adoptés les mêmes droits<sup>1194</sup> que les enfants dont la filiation est établie selon le droit commun de la filiation, sans relever que la loi de 2013 leur retire précisément les droits fondamentaux précités relevant du titre VII du livre I<sup>er</sup> du Code civil.

Le Conseil constitutionnel juge, dans sa décision du 17 mai 2013, que « *le législateur, compétent (...), a estimé que l'identité de sexe des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive* » (considérant n° 49), relevant qu'« *aucune exigence constitutionnelle (...) n'impose (...) que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique* » (considérant n° 51).

Le Conseil s'est prononcé en l'occurrence sous la timide réserve d'un intérêt de l'enfant (non supérieur) rapporté au dixième alinéa du Préambule de 1946 interprété à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *droit de mener une vie familiale normale* »<sup>1195</sup>.

Toutefois, dans cette même décision du 17 mai 2013, le Conseil précise que l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe ne vaut pas ouverture de l'AMP à ceux-ci ou atténuation du principe d'interdiction de la GPA :

§ 44 : « *Considérant que, d'une part, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du code civil aux termes desquelles : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » ; que, d'autre part, il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquées d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ; que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe (...)* ».

Le Conseil avait en outre pris la précaution d'introduire dans cette même décision le paragraphe suivant :

§ 58. « *Considérant, en troisième lieu, que l'éventualité d'un détournement de la loi, lors de son application, n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques* ».

---

<sup>1193</sup> Décision précitée n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, considérant n° 40.

<sup>1194</sup> Considérant n° 41.

<sup>1195</sup> Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, considérant n° 16.

Manifestement, les juridictions compétentes n'ont pas entendu cet appel<sup>1196</sup>. Or, c'est dans ce contexte que le Conseil constitutionnel a écarté toutefois paradoxalement expressément l'existence d'un « droit à l'enfant ».

### § 3. Le « droit à l'enfant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

L'expression de « droit à l'enfant » n'a été que très rarement utilisée devant le Conseil (A). L'intérêt de l'enfant, en revanche, est parfois visé (B).

#### A. Une expression peu et récemment utilisée

Ce n'est que très récemment que cette notion est entrée dans les écritures portées devant le Conseil. Elle ne figure pas dans les recours relatifs aux lois de bioéthique<sup>1197</sup>; elle ne figure pas plus dans le recours et la décision relatifs au pacte civil de solidarité<sup>1198</sup>. Ce sera à l'occasion de la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 qu'il sera fait référence à ce concept (pour être d'ailleurs invalidé par le Conseil) qui n'avait jamais été développé par les parlementaires à l'occasion d'autres décisions : « *Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un "droit à l'enfant"* »<sup>1199</sup>. Il s'agit d'une affirmation ; il faut vérifier si la décision du 17 mai n'ouvre pas indirectement un « droit à l'enfant » aux couples de personnes de même sexe qui ne peuvent procréer ensemble.

Par ailleurs et en tout état de cause, l'enfant ne dispose pas d'un droit à voir établi son lien de filiation en cas d'AMP avec tiers donneur<sup>1200</sup>. Dans l'affaire évoquée, les auteurs de la saisine mettaient en avant l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et contestaient l'anonymat du donneur de gamètes). Dès lors, si le droit à l'enfant n'est pas reconnu, l'enfant ne pourra cependant faire état d'un droit à établir sa filiation réelle. On peut encore relever ici qu'il n'existe pas plus de principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à l'exigence d'une filiation bilinéaire fondé sur l'altérité sexuelle<sup>1201</sup>.

#### B. La notion d'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel

Plusieurs décisions visant l'intérêt de l'enfant peuvent être citées :

Tout d'abord, une décision du 6 octobre 2010, selon laquelle : « *En maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur*

<sup>1196</sup> C. cass. Avis 22 sept 2014, préc. ; Cass. A. P., 5 juillet 2015, préc. Il a été souligné en doctrine que le Conseil a prêché dans le désert : J. Roux, L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à « priver d'effet » le recours illicite à la PMA et à la GPA, *JCP éd. G.* 20 avr. 2015, n° 483.

<sup>1197</sup> 1994-343/344 DC, 2004-498 DC et 2013-674 DC.

<sup>1198</sup> 1999-419 DC.

<sup>1199</sup> Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, préc. *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, § 52.

<sup>1200</sup> 94-343/344 DC, § 16 et 17.

<sup>1201</sup> 2013-669 DC, § 56.

a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs<sup>1202</sup>». La décision du 17 mai 2013 précitée cite elle-même cet intérêt, à propos de l'agrément des adoptants : « l'adoption est prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de l'adoptant si les conditions de la loi sont remplies « et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant » ; que ces dispositions, applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>1203</sup> ».

D'autres décisions visent l'intérêt de l'enfant mais sur des problématiques éloignées de notre sujet<sup>1204</sup>.

### **Conclusion :**

Le Conseil constitutionnel fonde la satisfaction de l'intérêt de l'enfant sur la législation républicaine. Il affirme par ailleurs qu'il n'existe pas de « droit à l'enfant ». Ces principes devaient peser dans l'édiction normative. Toutefois, ils n'ont pas empêché le Conseil constitutionnel de décider, sous la seule réserve de l'intérêt de l'enfant, la conformité à la Constitution de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe. Certes, le Conseil avait posé des limites en matière d'AMP et de GPA, mais il n'a guère été entendu.

## **Section II. L'impact des normes internationales<sup>1205</sup>**

A l'échelle internationale, des conventions protègent l'enfant, spécialement la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (*infra*). En matière familiale, le droit de l'Union européenne s'en inspire.

L'Union européenne n'a pas de compétence propre en matière familiale<sup>1206</sup>. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres<sup>1207</sup>. Or, le droit de la famille n'est pas visé dans les compétences exclusives ou partagées prévues aux articles 3 et

---

<sup>1202</sup> Décision n° 2010-39 QPC du 6 oct. 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], § 1 et 9.

<sup>1203</sup> Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, § 53 et 54

<sup>1204</sup> Décision n° 97-393 DC du 18 déc. 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, § 29. « La législation républicaine (...) a réaffirmé (...) le devoir de la collectivité de protéger la cellule familiale et d'apporter, dans l'intérêt de l'enfant, un soutien matériel aux familles, en particulier (...); que, cependant, cette législation n'a jamais conféré un caractère absolu au principe selon lequel cette aide devrait être universelle et concerner toutes les familles » (absence de PFRLR relatif à l'attribution d'allocations familiales à toutes les familles, quelle que soit leur situation) ; Décision n° 2012-268 QPC du 27 juil. 2012, *Mme Annie M.* [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], § 1 et 8.

<sup>1205</sup> Les présents développements sont limités aux textes susceptibles d'avoir un impact sur la filiation de l'enfant.

<sup>1206</sup> Ceci ne découle pas du principe de subsidiarité mais du principe d'attribution. En effet, les matières relevant des compétences exclusives de l'UE ou celles faisant partie de la compétence des Etats membres sont exclues du domaine d'application du principe de subsidiarité.

<sup>1207</sup> TUE art. 5-2 *in fine*.

suyvants du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>1208</sup>. Malgré cela, un ordre public familial européen a vu le jour (§ 1). Des conventions internationales le confortent (§ 2). L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne interfère en la matière avec une acuité particulière (§ 3).

## § 1. L'émergence d'un ordre public familial européen

Sous l'angle des fondements, l'existence même d'un ordre public familial commun aux Nations européennes renvoie à une sorte de tradition commune, chez John Rawls à ces « intuitions premières » et aux « opinions communes » implicitement partagées, que l'on peut relier au mécanisme du contrat social en philosophie et, juridiquement, au principe de dignité<sup>1209</sup>.

De nombreuses règles européennes sont aujourd'hui susceptibles d'impacter le droit de la filiation. Leurs sources sont disparates (A). Leur point commun est le caractère impératif, ou d'ordre public, de la norme édictée (B).

### A. Le cadre d'émergence de l'ordre public familial européen

Le nombre et la complexité des textes adoptés à l'échelle européenne en la matière obscurcit l'analyse (1). Des dépassements de mandat déforment corrélativement non seulement leur lettre mais aussi la portée du principe de non-discrimination (2).

#### 1. Les textes de base

Deux grands textes européens posent, en la matière, des principes de nature à impacter les réponses apportées aux revendications de « droit à l'enfant », spécialement :

- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne <sup>1210</sup>:

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...) » (art. 7).

« Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » (art. 9).

« Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle » (art. 21-1).

« (Droits de l'enfant) 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes

---

<sup>1208</sup> Cela explique qu'il faille se montrer réservé sur l'existence d'un droit européen de la famille, v. P. Lagarde, Réflexions conclusives, *in Vers un statut européen de la famille*, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, (sous la dir de), Dalloz 2014, pp. 267-276, spéc. p. 275 et 276.

<sup>1209</sup> A rapprocher de la conclusion de la présente section et v. M. Terestchenko, Le principe de dignité, *in L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit., pp. 61-67, spéc., p., 66.

<sup>1210</sup> 18.12. 2000, JO des Communautés européennes, C 364/01.



*relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt » (art. 24).*

- La Convention<sup>1211</sup> européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

*« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. » (article 8, Convention EDH).*

*« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. » (article 12, Convention EDH).*

*« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » (article 14, Convention EDH)<sup>1212</sup>.*

La Charte sociale européenne<sup>1213</sup> y ajoute des principes susceptibles d'impacter le sujet, notamment : *« Les enfants et les adolescents ont droit à une protection spéciale contre les*

---

<sup>1211</sup> Ratifiée en France le 3 mai 1974, v. décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, de ses protocoles additionnels n° 1, 3, 4 et 5, signés les 20 mars 1952, 6 mai 1936, 16 septembre 1963 et 20 janvier 1966, ainsi que des déclarations et réserves qui ont été formulées par le Gouvernement de la République française lors de la ratification. Rem : intitulés d'articles ajoutés et texte amendé (pour les protocoles cités et protocoles antérieurs à 11) conformément aux dispositions du Protocole n° 11 (STE n° 155) à compter de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998. Et V. Protocoles suivants, jusqu'à 16, les 15 et 16 n'étant pas entrés en vigueur au 1<sup>er</sup> janv. 2017. TUE, art. 6-2. ; TFUE, art. 218 § 8 : *« Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux »* (TUE, art. 6-3.). L'adhésion de l'UE à la Convention européenne prévue dans le traité de Lisbonne n'est pas encore effective : l'avis 2/13 CJUE, Ass. Plén. CJUE du 18 déc. 2014, complique en effet l'adhésion de l'UE à la Convention européenne : par cet avis, la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), saisie d'une demande d'avis par la Commission européenne, a estimé que le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH) n'est pas compatible avec les traités.

<sup>1212</sup> Article 14 Convention EDH -Interdiction de discrimination, v. la rédaction du Protocole n° 12, Rome 4 nov. 2000, entré en vigueur le 01/04/2005, étant spécifié dans le Préambule : *« Réaffirmant que le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable. Article 1 (Protocole n° 12) - Interdiction générale de la discrimination. 1- La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 2- Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 ».*

<sup>1213</sup> La Charte (révisée) est soumise au système de contrôle établi par la Charte de 1961, renforcé par le Protocole d'amendement de 1991 (STE n° 142) et par le Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives (STE n° 158). La Charte (décret n° 2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne révisée) met l'accent sur la protection des personnes vulnérables comme les personnes âgées, les enfants, les personnes handicapées et les migrants. La Charte sociale européenne (révisée) de 1996 réunit en un seul instrument les droits garantis par la Charte de 1961 et son Protocole additionnel de 1988 (STE n° 128), ainsi

*dangers physiques et moraux auxquels ils sont exposés* » (Partie I, 7° et art. 7 10°) ; « *En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tenant : 1° b) A protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation* » (art. 17).

Il faut encore tenir compte de règlements adoptés par les instances européennes<sup>1214</sup> dans le domaine du droit de la famille<sup>1215</sup>, tel le règlement n° 2210/2003 Bruxelles II *bis*<sup>1216</sup>, du 27 novembre 2003, le Règlement 1259/2010/UE du Conseil, 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps<sup>1217</sup>.

Ces textes visent d'abord à unifier les mesures ayant une incidence transfrontière à l'échelle de l'Union européenne. Ils n'abordent pas directement les questions soulevées par les situations de « droit à l'enfant » : le règlement Bruxelles II *bis* comporte des dispositions relatives au déplacement illicite d'enfants mais ne concerne pas la filiation. Son application peut toutefois interférer avec de telles situations, par exemple en cas de déplacement illicite d'enfant suite à une gestation pour le compte d'autrui soulevant un problème particulier de mise en œuvre.

Interfèrent encore des Conventions du Conseil de l'Europe protectrices de l'enfant : Convention du conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25/10/2007<sup>1218</sup> ; Convention du conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, du 16/05/2005<sup>1219</sup> ; Convention du conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants, du 15/05/2003<sup>1220</sup> ; Convention du conseil de l'Europe sur l'exercice des droits des enfants, du 25/ 01/ 1996<sup>1221</sup> ; Convention du conseil de l'Europe sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des

---

que les nouveaux droits et amendements adoptés par les Parties. Elle se substitue progressivement au traité initial de 1961.

<sup>1214</sup> Ces textes émanant des instances de l'Union européenne sont complétés par des textes émanant d'autres instances internationales, telle la Conférence de la Haye ou conventions CIEC, v. *Infra* pages 262 et s.

<sup>1215</sup> V. De la création d'un DIP européen de la famille, Première partie, vers un statut européen de la famille, *Vers un statut européen de la famille*, H. Fulchiron (dir.), Dalloz, 2014, p. 18.

<sup>1216</sup> Un règlement n° 1347-2000, dit « *règlement Bruxelles II* », a été adopté par le Conseil de l'UE le 29 mai 2000 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Très vite, ce règlement a montré ses limites, ne s'appliquant qu'aux enfants communs et aux litiges nés d'une procédure matrimoniale. Le 27 novembre 2003, le règlement n°2201/2003, dit « *règlement Bruxelles II bis* », a été adopté ; ce dernier texte porte abrogation du précédent règlement dont il reprend les dispositions et en élargit les conditions d'application, dans le but de garantir une protection renforcée et plus égalitaire de tous les enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents et la nature de leur filiation. Ce règlement est actuellement en cours de révision, v. Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) du 30 janv. 2016, COM/2016/0411 final-2016/0190 (CNS).

<sup>1217</sup> J.O. L. 349, 29 déc. 2010.

<sup>1218</sup> Non signée par la France, non encore ratifiée par la France.

<sup>1219</sup> Entrée en vigueur générale le 1<sup>er</sup> fév. 2008 ; à l'égard de la France le 1<sup>er</sup> mai 2008.

<sup>1220</sup> Non signée par la France, pas ratifiée par la France.

<sup>1221</sup> Signature générale le 1<sup>er</sup> juillet 2000 ; à l'égard de la France le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

enfants, du 20/05/1980<sup>1222</sup> ; Convention du conseil de l'Europe sur le statut juridique des enfants nés hors mariage du 15 octobre 1975<sup>1223</sup>.

En rupture avec l'esprit des textes précédents doit être citée la Convention du conseil de l'Europe<sup>1224</sup> en matière d'adoption (révisée), dans sa rédaction du 27 novembre 2008. A l'article 7 de cette convention, les conditions de l'adoption sont considérablement assouplies, les Etats ayant la possibilité d'en étendre la portée « aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble », ou encore « aux couples hétérosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable ». Cette convention européenne n'est pas entrée en vigueur pour l'instant.

## 2. Les ajouts par dépassement de mandat

Par ailleurs, émanent des instances de l'Union européenne des rapports, résolutions, recommandations diverses dont l'influence ne doit pas être sous-estimée.

Or, il convient de faire une distinction entre les « vraies » obligations imposées par les traités en matière de droits de l'homme (contenu littéral), d'un côté, et, de l'autre côté, ce que certains organismes internationaux comme le Comité des Nations Unies sur les Droits de la Femme, le Comité des Droits de l'Homme, les instances européennes etc., exigent des États parties à ce propos. Il ressort du recensement des textes<sup>1225</sup> que ces comités ou organes ont outrepassé leur mandat lorsqu'une résolution ou une décision demandent aux Etats de faire progresser, sur le fondement de la non-discrimination associée au concept de genre, le mariage homosexuel, ainsi que la situation des situations de « droit à l'enfant ». En effet, aucun des textes ou instruments recensés n'invite les Etats à supprimer la condition de différence de sexe pour accéder au mariage, *a fortiori* pour l'adoption ou tout statut parental corrélatif.

La Cour européenne a d'ailleurs clairement décidé qu'il n'y pas, sur le fondement des principes directeurs, une obligation pour les Etats d'accepter le mariage entre personnes de même sexe<sup>1226</sup>. Dans le domaine de la filiation et paradoxalement, elle est moins claire<sup>1227</sup>. Pourtant, aucun « droit à l'enfant » n'est consacré par les traités internationaux<sup>1228</sup>. Plus même : les situations de « droit à l'enfant » peuvent entrer en conflit avec les principes du droit international et l'ordre public familial européen.

Le mandat des divers comités et organes institués à l'échelle européenne est limité à la surveillance du respect des obligations des États en matière de droits de l'homme. Or, ces comités ou organes créent parfois de nouvelles obligations non prévues dans les traités. En Droit européen, les États sont les seuls créateurs des obligations : c'est à l'État souverain de participer à la rédaction des traités, de décider de s'obliger ou non par eux en les ratifiant et de les interpréter. Ces comités et organes, donc, ont excédé leur mandat par des interprétations

---

<sup>1222</sup> Entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> sept. 1983.

<sup>1223</sup> STCE n° 085, signature par la France 2 sept. 1977 mais absence de ratification et d'entrée en vigueur en France ; entrée en vigueur générale le 11 août 1978.

<sup>1224</sup> A l'origine : Convention européenne en matière d'adoption des enfants, Strasbourg, 24 avril 1967. Cette convention ne sera pas ratifiée par la France car elle fut jugée dépassée par la Convention de la Haye du 29 mai 1993. La Convention signée en 2010, vise à élargir les conditions de l'adoption internationale.

<sup>1225</sup> V. *supra* pages 254 et s.

<sup>1226</sup> CEDH 24 juin 2010, n° 30141/04 ; CEDH 21 juillet 2014, n° 18766/11.

<sup>1227</sup> CEDH, 19 fév. 2013, préc.

<sup>1228</sup> En outre, la Cour EDH a récemment précisé : « la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent (...) », aff. *Paradiso et Campanelli C/Italie*, Gr. ch, du 24 janv. 2017, préc.

*ultra vires*. En conséquence, les États ne sont pas obligés de suivre celles-ci. Il n'en irait autrement que si les traités étaient modifiés. Les nouvelles dispositions seraient alors contraignantes, dans les termes prévus par les traités en cause. Il faudrait toutefois alors veiller à la cohérence des engagements pris.

Ainsi, les comités et organes institués à l'échelle européenne font évoluer le droit européen dans un sens qui n'est plus toujours conforme aux principes directeurs de l'ordre public familial européen classique. Cela est susceptible d'introduire des incohérences et contradictions, relevées ci-dessus.

En outre, la portée de tels textes est accrue sous l'emprise de confusions : petit à petit, des interlocuteurs ou même des autorités officielles<sup>1229</sup> ou des auteurs<sup>1230</sup> en induisent un glissement vers l'existence d'un « droit à l'enfant ». En effet, l'adoption de Résolutions, discours, avis, commentaires, et même simplement l'existence de réglementations, portant sur des pratiques ou sujets voisins sont perçus comme le fondement d'un « droit à ». Certes, aucun de ces textes ne consacre un « droit à l'enfant », mais, peu à peu, nombreux sont ceux qui raisonnent en partant de l'existence d'un « droit à l'enfant ». Par exemple, les textes abordant la question, sur le terrain de la santé, des droits sexuels et reproductifs<sup>1231</sup>, imposent subrepticement *la réalité* d'un « droit à l'enfant » : « droit d'avoir un enfant et droit de ne pas avoir d'enfant <sup>1232</sup>», selon l'affirmation d'un auteur. Les conséquences d'un tel glissement sont catastrophiques car les individus se sentent « floués » en découvrant qu'ils n'ont pas, *en réalité*, un droit opposable à l'Etat (une créance) imposant à ce dernier de satisfaire toutes leurs revendications, y compris celles que le droit interdit ou conditionne. Le dépassement de mandat (lesdites autorités, comités ou conseils n'en ayant pas reçu le pouvoir<sup>1233</sup>) est en l'occurrence préjudiciable et n'engage pas les Etats. La mise en œuvre de la responsabilité civile ou administrative, selon les cas, de ces décisionnaires pourrait être envisagée.

La plupart de ces textes sont influencés par les lobbies qui militent en faveur du mariage homosexuel et, plus largement, de la reconnaissance en Europe des « situations de droit à l'enfant ». Récemment, une résolution parlementaire dite *In 't Veld*, votée le 25 octobre 2016, demande à la Commission européenne la création d'un mécanisme de promotion des droits fondamentaux. La Commission européenne est invitée à présenter une proposition, d'ici septembre 2017, pour un Pacte de l'Union en faveur de « la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux ». La proposition de résolution du parlement européen<sup>1234</sup>, votée, contient des recommandations pour la création de ce mécanisme. Or, celles-ci font sensiblement reculer la possibilité pour les Etats de refuser les « situations de droit à l'enfant » qui se trouvent promues sur le fondement de la non-discrimination », en fonction du genre par exemple<sup>1235</sup>. Pour l'instant, les décisions relatives aux droits fondamentaux sont prises à l'unanimité du Conseil. Or, la Résolution *in 't Veld* recommande, si une révision des traités était envisagée,

---

<sup>1229</sup> C'est le cas en France du Haut conseil à l'Egalité entre les femmes et les hommes qui se fonde régulièrement sur ces « droits sexuels et reproductifs » ; ou encore, à l'international, ces droits sont présentés comme des droits humains par *Amnesty International*. Bien sûr, l'accès à la santé est un droit humain qui découle des grands traités, mais ce n'est pas le cas du « droit à l'enfant ».

<sup>1230</sup> Par exemple L. Ravez, « Des enjeux éthiques », in *Familles contemporaines. Le défi de l'éthique*, colloque Marseille 24 nov. 2016, *op. cit.*

<sup>1231</sup> Un commentaire du Comité des droits économiques, sociaux et culturels rattache le droit à la santé sexuelle et reproductive aux droits de l'homme, ce qui pourrait favoriser un tel glissement alors que les traités (ONU) non seulement ne reconnaissent pas le droit cité (v. *Supra*), mais encore et surtout ne consacrent pas un « droit à l'enfant ».

<sup>1232</sup> L. Ravez, *loc. cit.*, note 1527. Et v. *infra* page 331 et pages 346 et s.

<sup>1233</sup> *Ibidem*.

<sup>1234</sup> Procédure : 2015/2254 (INL).

<sup>1235</sup> *Infra*, pages 58 et s.

qu'il soit procédé à la révision de la règle de l'unanimité dans les domaines qui ont trait au respect, à la protection et à la promotion des droits fondamentaux, notamment en matière d'égalité et de non-discrimination.

Relevons toutefois, contre le développement de situations « de droit à l'enfant », que le Parlement européen a adopté, le 5 avril 2011, une *Résolution sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes*<sup>1236</sup>. Ce texte dénonce vigoureusement la maternité de substitution en ces termes : « souligne que femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales »<sup>1237</sup>.

Malgré ces dépassements de mandats, un consensus se forme peu à peu autour d'un ordre public européen protecteur de l'enfant.

## **B. Un ordre public européen protecteur de l'enfant**

Il existe aujourd'hui un ordre public<sup>1238</sup> familial européen<sup>1239</sup> composé des grandes Déclarations de droits et libertés fondamentaux ainsi que des règles émanant des instances européennes, le plus souvent à portée transfrontière en raison des règles de compétence d'attribution susvisées. Ces normes constituent ce que l'on peut appeler un « ordre public européen de la famille » : une convention contraire des parties à un conflit familial serait nulle.

Les grands principes protecteurs de l'enfant en font partie, spécialement, sous l'angle de notre sujet : le droit de l'enfant à la protection, aux soins nécessaires à son bien-être et à ce que son intérêt supérieur représente une considération primordiale dans toute décision le concernant (Charte des droits fondamentaux, art. 24<sup>1240</sup>).

L'émergence de cet ordre public s'est imposé à l'échelle européenne en ce qu'il rend possible un avenir pour le plus grand nombre : le principe de conformité des actes juridiques à l'ordre public renvoie au « vouloir vivre collectif de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats<sup>1241</sup> ».

Cet ordre public européen reflète plus largement un consensus sur des principes fondamentaux relevant de la matière familiale : lutte contre les trafics d'enfants ; lutte contre la traite d'êtres humains en général ; lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants ; mise en œuvre du droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses deux parents ;

---

<sup>1236</sup> Résolution du Parlement européen « sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes 2010/2209 (INI).

<sup>1237</sup> *Ibidem*, § 21.

<sup>1238</sup> Pour le recensement de ces textes et l'analyse de leur portée, v. *Nouveaux acteurs européens et méditerranéens de la société internationale du XXIème siècle*, 5 nov. 2015, C. Espaliu Berdud (sous la dir. de), éd. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

<sup>1239</sup> *Vers un statut européen de la famille*, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon (sous la dir. de), Thèmes & commentaires, éd. Dalloz 2014, *op. cit.*

<sup>1240</sup> Rappr. article 3-1 CIDE, pages 262 et s.

<sup>1241</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, éd. Thémis, n° 115.

protection de l'enfant adopté ; droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sous réserve d'un intérêt supérieur de l'enfant contraire ; principe d'égalité entre enfants ; égalité homme-femme dans la direction de la famille et lors de la dissolution du mariage ou de la séparation ; responsabilité parentale ; protection des femmes contre les violences domestiques, etc.

Largement consacrées à l'échelle européenne, la plupart de ces règles puisent leur source dans des traités internationaux : la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les Conventions de la Haye, les conventions CIEC (v. *infra*).

### **Conclusion :**

Il existe un ordre public familial européen protecteur de l'enfant incompatible avec l'institutionnalisation de situations de « droit à l'enfant » en amont des situations créées. Ce consensus se situe à la base de nos constructions juridiques occidentales. Il faut tenir compte, toutefois, de textes (résolutions, avis ...) qui s'en émancipent à l'heure actuelle et qui, peu à peu, favorisent, par dépassement de mandat, la consécration de normes en rupture avec l'ordre public protecteur de l'enfant.

Pourtant, cet ordre public européen possède une dimension mondiale, et même s'y nourrit sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits.

Signés par les Etats européens, des traités viennent renforcer ces principes malmenés par les évolutions ponctuellement favorables aux revendications de « droit à l'enfant », alors même que ceux-ci sont repris dans la Charte des droits fondamentaux, mais parfois écartés sur le fondement de la non-discrimination<sup>1242</sup> ou du « droit au respect de sa vie privée et familiale<sup>1243</sup> ».

## **§ 2. Des principes protecteurs de l'enfant à l'échelle internationale**

La protection de l'enfant, parfois sous l'appellation d'« intérêt supérieur de l'enfant » mais alors avec des précisions corrélatives<sup>1244</sup>, innerve les conventions internationales impactant, de près ou de loin, la filiation.

Avec une efficacité plus ou moins grandes suivant les cas, les grands textes internationaux ont pour *leitmotiv* l'intérêt supérieur de l'enfant, la recherche de son bien-être et la défense de ses droits. Dans les grandes déclarations, la famille est définie comme la cellule fondamentale de base et le mariage comme l'union de l'homme et de la femme<sup>1245</sup>. Il arrive que des organismes cherchent à unifier (ou au moins à coordonner) les droits nationaux au-delà de la stricte échelle européenne. C'est le cas de la Conférence de la Haye de droit international privé (B) ou de la Commission internationale de l'état civil (C).

---

<sup>1242</sup> *Supra*, même section, § 1- A 2).

<sup>1243</sup> V. *Supra* pages 58 et s.

<sup>1244</sup> Sur l'importance qu'il y a à donner un contenu à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, V. *Supra* Partie I, Chapitre I, Section I, § 2, B, pages 52 et s.

<sup>1245</sup> Déclaration des droits de l'homme de 1948, les Pactes des Nations Unies de 1966, décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 portant publication du pacte international relatif aux droits civils et politiques ouvert à la signature à New York le 19 déc. 1966 ; décret n° 81-77 du 29 janv. 1981 portant publication du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ouvert à la signature à New York le 19 déc. 1966.

Une convention dépasse encore ce cadre. Elle a été signée par presque tous les Etats du monde : la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (A).

## A. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

### 1) L'incompatibilité entre la reconnaissance d'un « droit à l'enfant » et les principes de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

Tous les Etats membres de l'Union européenne sont signataires de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant (dite Convention de New York ou CIDE) du 20 novembre 1989. Selon l'article 3 de cette convention : « 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 2. Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents (...) ».

Le principe proclamé à l'article 3-1 de la Convention de New York tient compte corrélativement, *via* les précisions faites non seulement en son article 3-2 mais aussi à l'article 5 CIDE, de la responsabilité, des droits et des devoirs des parents : « Les Etats respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents (...) de donner [à l'enfant], d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ». Le principe de subsidiarité de l'intervention étatique est précisé à l'article 18. 1 *in fine* de la Convention des Nations Unies en ces termes : « La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux ».

Les articles relatifs aux droits de l'enfant sont répartis en deux catégories<sup>1246</sup> : celle des droits de la personne humaine, étendus à l'enfant dans un texte officiel, et celle des droits de l'enfant *stricto sensu*, plus innovants, tels le droit pour l'enfant de ne pas être séparé de ses parents (CIDE, art. 9-1) ; de connaître ceux-ci et d'être élevé par eux, dans la mesure du possible (CIDE art. 7) (...).

La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant n'est pas la première convention consacrée aux droits de l'enfant<sup>1247</sup> ; d'autres textes l'avaient précédée, telles la Déclaration de Genève relative aux besoins fondamentaux de l'enfant, la résolution de l'Assemblée générale de 1946 créant l'UNICEF (Organisation des Nations Unies pour répondre aux besoins d'urgence), ou encore la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959. Toutefois, la Convention de New York est considérée comme *le* texte fondateur des droits de l'enfant à l'échelle mondiale<sup>1248</sup>.

A l'échelle européenne, la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant<sup>1249</sup> est venue la compléter. En outre, une loi française n° 2015-1463 du 12 novembre 2015 a autorisé

<sup>1246</sup> Sur cette distinction, V. *L'enfant sujet de droits*, *op. cit.*, spéc., p. 177 et s.

<sup>1247</sup> J.-P. Servel, *La notion de l'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, th., dactyl., 1978, p. 59 ; M. Donnier, *L'intérêt de l'enfant*, D. 1959, chron. XXVI.

<sup>1248</sup> La Charte des droits fondamentaux, préc., s'en inspire. Sur la question, v. G. Hubert-Dias, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé*, préc., n° 387 et s.

<sup>1249</sup> Strasbourg, 25.I. 1996, STE n° 160.

la ratification du protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications. Or, ce dernier texte proclame clairement dans son préambule : « *Réaffirmant également que le statut de l'enfant en tant que sujet de droits et en tant qu'être humain dont la dignité doit être reconnue et dont les capacités évoluent* ». Ce principe, d'ores et déjà reconnu par la Convention de New York, fait obstacle à la reconnaissance d'un « droit à l'enfant » qui repose sur la négation même de la qualité de sujet de droit de l'enfant<sup>1250</sup>.

## **2) La nécessité d'offrir un statut juridique à l'enfant une fois la situation « constituée »**

S'agissant de l'impact de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant en notre matière et dans la perspective de droit comparé abordée *supra*<sup>1251</sup>, il apparaît surtout pour l'instant que l'intérêt supérieur de l'enfant est apprécié au regard d'une situation de fait d'ores et déjà constituée<sup>1252</sup> et que cela fausse non seulement son efficacité mais aussi l'analyse du contenu de cette notion. Il est apparu, au fil du rapport, qu'il y a là une impasse : il faut en effet traiter les situations créées et offrir un statut juridique à l'enfant par application de ces mêmes principes internationaux (droit à une identité ou à une nationalité, v. CIDE). Pose par exemple problème le fait que le juge intervienne une fois la situation constituée depuis un temps qui rend difficile une remise en cause de l'état de fait<sup>1253</sup>.

Les textes analysés invitent, sous l'angle du processus normatif, à prendre en compte les grands principes directeurs en amont des situations. Ils représentent un obstacle à la promulgation de lois et règlements, y compris de normes, décisions et résolutions prises à l'échelle européenne, favorisant des situations de « droit à l'enfant ». Dans le monde, il ressort de l'analyse de droit comparé<sup>1254</sup>, qu'en dehors du cas de quelques pays, la prise en compte des origines de l'enfant et de sa double ascendance maternelle et paternelle est intégrée dans la conception normative, y compris en cas d'adoption.

L'obstacle juridique auquel un contrôle de la conformité des normes aux principes internationaux se heurte aujourd'hui est l'absence de contrôle de conventionnalité en droit interne (le Conseil constitutionnel le refusant en droit français<sup>1255</sup>) et à l'échelle internationale. La mise en place d'une juridiction internationale de contrôle, placée sous l'égide par exemple de l'ONU et indépendante des juridictions européennes, est souhaitable. En effet, c'est à l'échelle européenne que les normes favorisant la constitution de situations de « droit à l'enfant » progressent le plus vite, au mépris du statut de l'enfant qu'il faut alors reconstituer dans un second temps<sup>1256</sup>.

---

<sup>1250</sup> V. *Supra* n° 56 et s.

<sup>1251</sup> V. *Supra* pages 146 et s.

<sup>1252</sup> Ce dont la CEDH se préoccupe désormais, v. aff. *Paradiso et Campanelli c/ France*, préc., du 24 janvier 2017.

<sup>1253</sup> Ce dont la CEDH, désormais, prend en considération, v. aff. *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *ibidem*.

<sup>1254</sup> V. tableaux en annexe.

<sup>1255</sup> V. *Supra* Partie II, Chapitre II, Section I, pages 249 et s.

<sup>1256</sup> Et qui comportent alors la mise en évidence de failles, dans ce régime, peu favorables à l'enfant. V. *Supra* Partie II Chapitre I, Section II, pages 207 et s.



## B. Les conventions de la Conférence de la Haye de droit international privé

### 1) L'intérêt supérieur de l'enfant, une considération primordiale

La protection des enfants<sup>1257</sup> se situe depuis longtemps au cœur des préoccupations de la coopération judiciaire initiée par l'organisation mondiale pour la coopération transfrontière en matière civile et commerciale. En attestent notamment l'adoption, le 5 octobre 1961<sup>1258</sup>, de la Convention de la Haye relative à la compétence des autorités et à la loi applicable en matière de protection des mineurs, modifiée par une seconde convention de la Haye, le 19 octobre 1996<sup>1259</sup>.

Le préambule de cette convention souligne : « *Confirmant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* »<sup>1260</sup>. Sous l'angle de la filiation, le texte de référence est la Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> octobre 1998<sup>1261</sup>. Ce dernier texte renvoie dans son préambule à la Convention internationale sur les droits de l'enfant : (alinéa 5) : « *établir des dispositions communes qui tiennent compte des principes reconnus par les instruments internationaux, notamment par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et par la Déclaration des Nations unies sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants...* »<sup>1262</sup>. Il faut donc tenir compte de la CIDE, pour la lecture de la Convention de la Haye : 1- De l'article 21 CIDE en vertu duquel, notamment : les Etats parties qui admettent et ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière ; 2- De l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la CIDE ; 3- Des Droits de l'enfant proclamés par la CIDE et notamment : *le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, dans la mesure du possible* (CIDE, art. 7-1).

L'intérêt supérieur de l'enfant (au sens de la CIDE) est visé dans la Convention de la Haye : préambule alinéa 4 ; article 1<sup>er</sup> a) (la Convention a pour objet : a) « *D'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international* ») ; art. 16 d) « que le placement envisagé est dans l'intérêt supérieur de l'enfant » ; art. 21-1 (lorsque ... « *le maintien de l'enfant dans la famille d'accueil n'est plus de son intérêt supérieur* »), art. 24 (... « *compte tenu de son intérêt supérieur.* »)

---

<sup>1257</sup> Dans les textes européens comme dans la CIDE, l'enfant est le mineur de moins de dix-huit ans.

<sup>1258</sup> Entrée en vigueur le 4 nov. 1969.

<sup>1259</sup> Convention de la Haye du 19 oct. 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002. A l'égard de la France : décret n° 2011-1572 du 18 novembre 2011 portant publication de la convention, NOR : MAE J1127024D, convention entrée en vigueur à l'égard de la France le 1<sup>er</sup> février 2011. Pour l'application de cette dernière convention, l'expression « responsabilité parentale » comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant.

<sup>1260</sup> Il est notamment porté exception à certaines des règles de compétence posées, à titre d'exception, s'il y a lieu d'estimer que l'autorité d'un autre Etat contractant serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant.

<sup>1261</sup> N° accord : 19930289 ; Date signature en France le 5 avril 1995 ; Publié décret n° 98-815, du 11 sept. 1998, J.O. 13 sept. 1998.

<sup>1262</sup> Rappr. Art. 1 a) C. de la Haye.

## 2) Une famille « permanente », le souci de protéger l'enfant

La Convention ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation (art. 2-2) et procédures engagées (acceptations) avant les 18 ans de l'enfant (art 3). Toutes ses dispositions sont axées sur la protection de l'enfant.

La combinaison des alinéas 5, 3 (« *chaque Etat devrait prendre, par priorité, des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine* ») et 4 (« *l'adoption internationale peut présenter l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son Etat d'origine* ») du Préambule de la Convention de la Haye et des articles 21 et 7 de la CIDE permet de considérer que la « famille permanente » adoptive au sens de l'alinéa 4 du Préambule de la Convention de la Haye vient remplacer la famille d'origine (« père et mère » de l'enfant d'après l'article 21 a) CIDE et « mère et père » dans la Convention de la Haye : art. 26 et 16-2) lorsqu'une famille appropriée ne peut être trouvée dans l'état d'origine de l'enfant. Or, dans la Convention de la Haye, la famille adoptive a vocation à se substituer pleinement à la famille d'origine : le rapport sur l'enfant est transmis « *en veillant à ne pas révéler l'identité de la mère et du père si, dans l'Etat d'origine, cette identité ne peut pas être divulguée* », art. 16-2, mais les Etats veillent à conserver les informations sur les origines de l'enfant (art. 30). Ou encore : la reconnaissance de l'adoption comporte « *la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'Etat contractant où elle a eu lieu* ». Enfin, en ce sens : faveur est donnée à l'adoption plénière par la Convention de la Haye : une conversion est prévue à l'article 27.

Dans la Convention de la Haye, sont encore notamment<sup>1263</sup> pris en compte :

- Des renseignements sur les parents adoptifs : l'autorité centrale de l'Etat d'accueil établit un rapport contenant des « *renseignements sur leur identité, leur capacité légale et leur aptitude à adopter, leur situation personnelle, familiale et médicale, leur milieu social, les motifs qui les animent, leur aptitude à assumer une adoption internationale* », art. 15-1.
- « *Des conditions d'éducation de l'enfant* », art. 16 b)

Par ailleurs, le refus d'une adoption contraire à l'ordre public d'un Etat contractant : « *La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Or, dans de nombreux pays, la différence de sexe des parents adoptifs est une condition d'ordre public. C'était « manifestement » le cas en droit français avant la loi du 17 mai 2013<sup>1264</sup>. Enfin, les dispositions de la Convention ne portent pas atteinte « *à l'application de toute disposition plus favorable à l'enfant, en vigueur dans l'Etat contractant qui reconnaît l'adoption* », art. 26-3.

---

<sup>1263</sup> Sont visés dans la Convention de la Haye : « *Les parents adoptifs* » : art. 5 a) (« *...constaté que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter* ») et b) (« *se sont assurés que les futurs parents adoptifs ont été entourés des conseils nécessaires* ») ; art. 16-d) (rapport concernant « *les futurs parents adoptifs* ») ; art. 17, al. 1 (« *...confier un enfant à « des futurs parents adoptifs* ») ; art. 17 a) (« *accord des futurs parents adoptifs* ») ; art. 17 d) (« *que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter l'enfant* ») ; art. 19 -2 (déplacement « *si possible, en compagnie des parents adoptifs ou des futurs parents adoptifs.* ») ; art. 21 b) (« *nouveaux parents adoptifs* », dans le cas où l'enfant doit être retiré à la famille d'accueil pour sa protection) ; « *futurs parents adoptifs* », art. 29, art. 34.

<sup>1264</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, n° 11-30261 et 11-30262 : « principe essentiel du droit français de la filiation ».

Ainsi, la Convention de la Haye renvoie clairement à la notion de famille « permanente » qui se substitue aux père et mère de l'enfant. Toutes les conditions posées le sont au vu de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits tels que proclamés dans la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant. Les parents adoptifs renvoient clairement aux père et mère de substitution, notamment par l'éclairage qu'en donne la Convention de New York, mais ce n'est pas dit expressément.

Le renvoi à la Convention sur les droits de l'enfant est mentionné dans le texte du préambule de la Convention de la Haye. S'agissant pour un Etat de créer une situation familiale pour l'enfant, son intérêt supérieur doit être pris en compte en amont, dans la définition des conditions légales d'établissement du lien de filiation.

Les Conventions CIEC offrent des modèles.

## C. Les conventions de la Commission Internationale de l'Etat civil (CIEC)

### 1) La clarté des dispositions applicables

**a. La Convention concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil, Neuchâtel du 12 septembre 1997.** Cette Convention ne s'applique pas encore à la France qui ne l'a pas ratifiée ; elle remplace la Convention concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil signée à Istanbul le 4 septembre 1958 dans les rapports entre les Etats qui sont parties aux deux Conventions.

Le corps même de la Convention n'apporte pas de précisions sur notre sujet. En revanche, les modèles joints en annexe renvoient pour l'acte de naissance aux père et mère de l'enfant, Formule n° 1 *recto* : Nom du père, Nom de la mère ; prénoms du père, prénoms de la mère ; pour l'acte de mariage à l'époux et à l'épouse, Formule n° 2 *recto* : Nom de l'époux avant le mariage, nom de l'épouse avant le mariage, Nom de l'époux après le mariage, Nom de l'épouse après le mariage. *Idem* pour l'acte de mariage rectifié, en formule n° 23 *recto* ; pour l'avis de dissolution de mariage : nom de l'époux et de l'épouse avant et après mariage et après la dissolution du mariage ; Sur l'extrait d'acte de décès, formule 5 *recto*, mention du père du défunt, mention de la mère du défunt. *Idem* pour l'extrait d'acte de décès rectifié, formule 6 *recto* ; enfin, l'extrait d'acte de reconnaissance comporte deux cases : Père, Mère (formule n° 7 *recto*) ; *idem* pour l'extrait d'acte de reconnaissance rectifié (formule n° 8 *recto*).

### b. Les conventions signées par la France :

- Convention relative à la délivrance de certains extraits d'actes de l'état civil destinés à l'étranger, signée à Paris le 27 septembre 1956. Ce texte s'applique à la France. L'extrait d'acte de naissance énonce (article 4 de la Convention et mention en annexe) : le nom de famille du père, les prénoms du père, le nom de jeune fille de la mère, les prénoms de la mère. Dans les actes de mariage et de décès sont utilisés les mots mari et femme.

- Convention concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil, signée à Istanbul le 4 septembre 1958, signée par la France. Ce texte s'applique à la France et non la Convention de Neuchâtel qu'elle n'a pas encore signé, mais ce texte ne concerne que les actes de mariage et de décès (noms du mari et de la femme à indiquer, annexe, formule n° 2 pour l'acte de mariage, *verso*), pas les actes de naissance qui demeurent régis par la Convention du 27 septembre 1956.

- Convention créant un livret de famille international, signée à Paris le 12 septembre 1974. Cette convention s'applique à la France. Le modèle de livret international renvoie aux indications à

porter dans l'acte de naissance, dont les mentions sont précisées dans la Convention signée à Paris le 27 septembre 1956, ci-dessus. La Convention de Paris du 12 septembre 1974 précise, s'agissant du livret de famille international, que chaque Etat contractant peut, lors de la signature ou de l'adhésion, déclarer que « les enfants adoptés ne seront pas mentionnés dans le livret de famille international ». Aucune déclaration de réserve n'est mentionnée sur ce point. La Convention signée à Madrid le 5 septembre 1990 relative à la reconnaissance et à la mise à jour des livrets d'état civil ne change pas ce point de fond et renvoie à la Convention de Paris du 12 septembre 1974.

- Convention relative à la communication internationale par voie électronique signée à Athènes le 17 septembre 2001. Elle ne change rien aux règles posées par les conventions CIEC précitées. Elle a simplement pour objet de permettre la transmission de ces données, d'un Etat à un autre, par voie électronique.

## 2) L'absence d'« effet direct » des dispositions applicables ?

Les textes internationaux en vigueur sur le territoire français prévoient mention des père et mère sur les extraits d'actes et livrets de famille, sans introduire d'exception pour les enfants adoptés sous réserve du livret de famille international mais, dans ce dernier cas, sans que les Etats signataires en aient fait réserve. Il semble donc que les textes d'application de la loi du 17 mai 2013 ne respectent pas les conventions CIEC analysées, spécialement l'arrêté du 24 mai 2013<sup>1265</sup>, lequel ne tient pas compte des engagements internationaux de la France sur la question de la rédaction des actes de naissance et du livret de famille. Le Conseil d'état a toutefois récemment décidé<sup>1266</sup> que les conventions CIEC n'ont pas d'effet direct sur le territoire français, ce qui réduit considérablement leur portée et interpele.

La jurisprudence européenne s'émancipe elle aussi de plus en plus ouvertement de l'ordre public familial international. La loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 en a considérablement accru la portée.

## § 3. L'influence<sup>1267</sup> des décisions de la CEDH sur le droit des personnes et de la famille sous l'angle d'un « droit à l'enfant »

Les droits et libertés fondamentaux proclamés à l'échelle européenne<sup>1268</sup> représentent en eux-mêmes des sources de droit interne. Une juridiction peut les viser pour fonder une solution

---

<sup>1265</sup> JUSC13101456A.

<sup>1266</sup> Conseil d'état statuant au contentieux, n° 370459, 370468, 370583, 370697, séance du 23 nov. 2015, lecture du 18 déc. 2015.

<sup>1267</sup> Pour une illustration de la part prise effectivement par le législateur, le juge national et la Cour européenne des droits de l'homme dans le traitement de la question, v. C. Soulard, *Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui*, *Autour de la gestation pour autrui*, Dossier Les cahiers de la justice, éd. Dalloz 2016/2, pp. 191-203.

<sup>1268</sup> Le contrôle de conventionnalité existe, devant les juridictions françaises, au regard de tous les grands textes européens. Il a toutefois été plus lent à acquérir s'agissant des traités en général et spécialement de la CIDE. L'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention de New York par les juridictions françaises remonte aux arrêts rendus par la Cour de cassation le 18 mai 2005 : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 mai 2005, n°02-20613, *Bull. civ. I* n° 212 p. 180 ; *D.* 2005, 1909, note V. Egéa ; *JCP* 2005, II. 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid.*, 199, n°7 s., obs. J. Rubellin-Devichi ; *Gaz. Pal.*, 2005, 274, obs. Th. Fossier ; *Dr. fam.*, 2005, n°156, note A. Gouttenoire, *RJPF* 2005-9/31, note F. Eudier ; *RTD. civ.*, 2005.585, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP*, 2005, 679, note D. Bureau.

nationale. En France, il est de jurisprudence constante que les droits et libertés fondamentales de l'Union européenne peuvent être invoqués dans un litige entre particuliers<sup>1269</sup>. Les pourvois se fondent de plus en plus fréquemment<sup>1270</sup> sur la Charte européenne ou (et) sur la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1271</sup>.

La Cour de cassation écarte ces droits et libertés fondamentales lorsque ceux-ci sont invoqués à tort<sup>1272</sup> ou de façon surabondante et, lorsqu'elle les retient, ne les mentionne pas nécessairement dans son troisième attendu<sup>1273</sup>, et plus rarement encore dans un visa.

Le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, est en cela, à l'échelle nationale, le « juge naturel <sup>1274</sup> » de la protection des droits fondamentaux. Il interprète et applique le droit interne à sa lumière. S'il y a lieu, il écarte, au nom du principe de la hiérarchie des normes<sup>1275</sup>, la loi nationale qui n'est pas compatible avec les exigences de la convention. *A fortiori*, il annule les manifestations de volonté qui les violeraient.

Le contrôle de conventionnalité est également mis en œuvre devant les cours européennes. Dans un arrêt du 14 février 2008, la CJUE fait ainsi prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur la liberté de circulation des marchandises<sup>1276</sup>.

---

<sup>1269</sup> Cass. soc. 29 mai 2013, n° 11-22376, *Bull.* V n° 144.

<sup>1270</sup> Spécialement en matière criminelle s'agissant de la sphère familiale.

<sup>1271</sup> Par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 fév. 2004, n° 01-11549 ; 02-11618, *JCP éd. G.* 2004. II. 10128, note H. Fulchiron ; P. Courbe, Le rejet des répudiations musulmanes, *D.* 200, chr. 815) refuse de reconnaître en France un jugement étranger prononçant la répudiation de la femme par le mari, sur le fondement de l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage. En l'occurrence, la Convention EDH fait obstacle à l'application d'une loi étrangère dans le cadre d'un conflit relevant du droit international privé. Il faut toutefois tenir compte dans la mise en œuvre de la notion d'ordre public de la proximité avec la France, V. H. Petra, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 février 2004, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423 et s., spéc., p. 427. Et P. Courbe, L'ordre public de proximité, in *Le Droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 227.

<sup>1272</sup> Dans le domaine de la filiation, v. pour le refus à une femme d'un congé de paternité pour la naissance de l'enfant de sa compagne avec laquelle elle était liée par un pacte civil de solidarité, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 mars 2010, n° 09-65853, *Bull. civ. II.* n°57. Ou encore : « *c'est par une appréciation souveraine, sans méconnaître les articles 7 & 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'une cour d'appel estime, passé un délai suffisant pour que les parents de naissance puissent manifester leur intérêt et souscrire une reconnaissance, qu'il est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver de l'environnement familial stable que peut lui conférer le placement en vue de l'adoption* », Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1<sup>er</sup> juin 2011, obs. M.-C. Le Boursicot, *RJPF* 2011, p. 34. Autre exemple : « *Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est par deux époux ; le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives, ni ne commande de consacrer par une adoption tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis* », Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 janv. 2011, *AJ fam.* fév. 2011, p. 100, note F. Chénéde. Comme le relève l'auteur, l'article 8 de la Convention EDH ne saurait être invoqué à l'encontre de toutes les limites posées par le législateur en matière de filiation, sous peine de faire obstacle à toute réglementation en la matière.

<sup>1273</sup> En matière pénale, la Cour de cassation fonde juridiquement sa décision sur les textes de droit pénal ou de procédure pénale qui reprennent les droits et libertés fondamentaux, le cas échéant.

<sup>1274</sup> Y. Robineau, L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, intervention à la cour suprême d'Azerbaïdjan, 24 oct. 2014, [www.conseil-etat.fr/Actualités/Discours-Interventions](http://www.conseil-etat.fr/Actualités/Discours-Interventions).

<sup>1275</sup> Constitution française, art. 55. Rapp., *supra* pages 249 et s.

<sup>1276</sup> CJUE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c/Avides Media AG*, aff. C-244/106, obs. A. Rigaux, *Rev. Europe* 2008, com. 118. G. Hubert-Dias, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale*, préc. La CJUE intervient aussi pour l'application des règlements du Conseil, spécialement le règlement Bruxelles II bis : CJUE, 11 juillet 2008, *Rinau*, Aff. C-195/08 PPU, *Rec.* 2008. I. 05271 (pour les méthodes de contrôle en matière de déplacement illicite d'enfant) ; CJUE, 23 déc. 2009, *Deticek c/ Sgueglia* (Aff. C-403/09, *Rec.* 2009. I-12193 ; D. 2010. 1055, note C. Brières ; RTD civ. 2010, p. 549, obs. J. Hauser) en matière d'attribution de garde ; CJUE, 5 oct. 2010, *JMcB c. LE* (à propos de l'interprétation de la notion de droit de garde), Aff. C-400/10, *Rec.* 2010 I- 08965 ; D. 2010. 2516, obs. I. Gallmeister ; CJUE, 22 décembre 2010, *Barbara*

S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, ce contrôle représente même le cœur de sa mission.

La progression<sup>1277</sup> constante de l'autorité des décisions émanant de la Cour européenne (A) dans l'exercice de ce contrôle est favorisée par une absence de maîtrise de leur portée normative (B).

## **A. La progression constante de l'autorité des décisions émanant de la Cour européenne des droits de l'homme**

L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit de la famille des Etats membres était déjà importante avant l'adhésion de principe (mais pas encore effective) de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1278</sup> et avant même l'adoption de la Charte des droits fondamentaux. Les arrêts rendus par la Cour européenne n'ont pas une force exécutoire comparable à celle d'une décision relevant de l'ordre interne, revêtue de l'autorité de la chose jugée. Leur autorité de fait est toutefois importante depuis longtemps (1). Surtout, cette autorité est aujourd'hui de droit (2).

### **1. L'autorité de fait de la jurisprudence européenne**

L'autorité des arrêts de la Cour européenne fut, dans les premiers temps, de fait : les décisions européennes ne sont pas directement contraignantes. L'Etat européen se trouve condamné à une sanction financière mais la Cour n'a pas le pouvoir de le contraindre à modifier sa législation. Le Comité des Ministres du conseil de l'Europe veille à ce que les arrêts de violation soient exécutés, notamment à ce que les sommes d'argent allouées par la Cour aux requérants en réparation du préjudice qu'ils ont subi leur soient effectivement versées. Un Etat condamné doit ainsi veiller à ce que toute nouvelle violation des droits soit évitée ; à défaut, il s'expose à de nouvelles condamnations par la cour. Les Etats peuvent être ainsi amenés à mettre leur législation en conformité avec la Convention.

En matière de transsexualisme<sup>1279</sup> ou pour le statut successoral des enfants adultérins<sup>1280</sup>, l'influence de la jurisprudence européenne s'est affirmée avec force. S'agissant du transsexualisme, la Cour EDH s'était prononcée en faveur de la rectification d'état civil sous certaines conditions, dans une décision du 25 mai 1992. A la suite de cette jurisprudence, la Cour de cassation française a opéré en la matière un spectaculaire revirement de

---

*Mercredi c/ Richard Chaffes* (sur la notion de résidence habituelle), Aff. C- 497/10, *Rec.* 2010 I-14309 ; Dr. fam. 2011, comm. 66, note E. Viganotti.

<sup>1277</sup> B. Gardey de Soos, L'influence du droit européen sur le droit de la famille : vers la fin du droit français de la filiation ? *RJPF* 2015-9/4, p. 6 et s.

<sup>1278</sup> Le traité de Lisbonne le prévoit mais, par un avis rendu le 18 décembre 2015, en assemblée plénière, la CJUE, saisie d'une demande d'avis par la Commission européenne, a estimé que le projet d'accord portant adhésion de l'UE à la Convention EDH n'est pas compatible avec les traités, avis 2/13, CJUE, Ass. Plén. 18 déc. 2014, v. *supra* pages 256 et s.

<sup>1279</sup> CEDH, 25 mai 1992, *Van Oosterwijck c/ Belgique* : série A, n° 40, *JCP éd. G.* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *RTD. civ.* 1992.540, obs. J. Hauser.

<sup>1280</sup> Arrêt *Mazurek c/ France*, CEDH 1<sup>er</sup> fév. 2000, aff. 34406/97 ; rappr. CEDH 7 fév. 2013, décision Grande chambre.

jurisprudence<sup>1281</sup>. Sur le terrain de la vocation successorale de l'enfant adultérin, l'arrêt *Mazurek* a été entendu par le législateur français<sup>1282</sup>.

Ce phénomène est accéléré par les développements mêmes de la jurisprudence européenne. En matière de transsexualisme, par exemple, la Cour va aujourd'hui beaucoup plus loin que dans l'arrêt précité de 1992 : dans un arrêt du 10 mars 2015<sup>1283</sup>, la Cour relève, pour écarter la condition de stérilité définitive<sup>1284</sup>, que « *la procédure qui s'est déroulée devant les juridictions nationales mettait directement en jeu la liberté pour le requérant de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination, (§ 102)* ». Certes, il s'agissait en l'occurrence d'accéder à une conversation sexuelle et non d'obtenir une rectification d'état civil<sup>1285</sup>, mais le concept même d'autodétermination sexuelle porte très loin dès lors que les droits des tiers ne se trouvent pas pris en compte, et spécialement l'éventualité d'une filiation établie ou à venir<sup>1286</sup>. Une décision du 6 avril 2017 le confirme en décidant que la condition d'irréversibilité de la transformation pour obtenir un changement de sexe à l'état civil viole l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1287</sup>.

Dans ce contexte, a été promulguée en France le 18 novembre 2016 une loi très libérale sur le sujet<sup>1288</sup>. La mention du sexe à l'état civil est un élément de l'état des personnes, masculin ou féminin<sup>1289</sup>. La sexuation représente un donné constitutif de l'identité humaine en ce qu'elle détermine l'aptitude procréatrice de chacun. Déterminable dès la naissance, sauf cas exceptionnels<sup>1290</sup>, elle fonde la généalogie en descendance, c'est-à-dire la qualité de mère ou de père à venir. En conséquence, *l'indisponibilité* de l'état des personnes est un principe directeur du droit français<sup>1291</sup>.

La loi du 18 novembre 2016 introduit une importante simplification de la procédure<sup>1292</sup> de changement de prénom et de mention du sexe sur l'acte de naissance<sup>1293</sup>. Or, il est précisé à

---

<sup>1281</sup> Cass. A. P., 11 décembre 1992 (2 arrêts), *Bull. civ.* n° 13 ; R. p. 67, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., n° 25-26. La jurisprudence postérieure a confirmé et amplifié cette tendance.

<sup>1282</sup> L. 3 déc. 2001, n° 2001-1135, Droits du conjoint survivant et des enfants adultérins.

<sup>1283</sup> CEDH 10 mars 2015, aff. *Y. Y. c. Turquie*, req. n° 14793/08.

<sup>1284</sup> V. *Supra*, pages 40 et s., et v., pages 236 et s.

<sup>1285</sup> Sur ce point, v., *supra* pages 139 et s.

<sup>1286</sup> V. *supra*, pages 232 et s.

<sup>1287</sup> CEDH aff. A. P., *Garçon et Nicot c/ France*, req. n° 79885/12,52471/13 et 52596/13 du 6 avril 2017. La Cour relève dans sa décision que : « Le 17 novembre 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 56 de la loi (du 18 nov. 2016) conforme à la Constitution (décision n°2016-739 DC). Il a en particulier souligné qu' « en permettant à une personne d'obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil sans lui imposer des traitements médicaux, des interventions chirurgicales ou une stérilisation, les dispositions ne portent aucune atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » ».

<sup>1288</sup> Sur cette loi, V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 139 et s., et Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section III, pages 232 et s.

<sup>1289</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n° 531 : « Mais attendu que la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ; »

<sup>1290</sup> Exposant la personne elle-même. V. TGI Tours, 20 août 2015, *D.* 2015, 2295, note F. Violla. V. pour une étude approfondie du sujet : G. Raoul-Cormeil, *L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation*, in *L'institué, : le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit., pp. 101-133.

<sup>1291</sup> En faveur de la suppression de ce principe, largement amorcée par la loi du 18 novembre 2016, v. le colloque « La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde-représentations, encadrements et pratiques », Paris 17-18 nov. 2016.

<sup>1292</sup> V. Décret n°2017-450 du 29 mars 2017 pour des précisions sur les procédures à suivre. Et V. à ce sujet *supra* Partie I, Chapitre II, Section III, pages 137 et s.

<sup>1293</sup> S'agissant de la mention du sexe, il est prévu que : après la section 2 du chapitre II du titre II du livre I du Code civil, est insérée une section 2 bis ainsi rédigée : « Section 2 bis -De la modification de la mention du sexe à l'état civil - : article 61-5 nouveau. – Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion

l'article 61-8 nouveau du Code civil que : « *La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification* ». Cette loi consacre le principe de non-rétroactivité<sup>1294</sup> de la décision ordonnant la modification de la mention du sexe dans le Code civil s'agissant de la filiation des enfants nés avant le jugement. En revanche, pour les enfants nés après le jugement, il n'est pas impossible que la filiation de l'enfant soit établie en fonction de l'état civil modifié<sup>1295</sup>. D'où la question : une même personne peut-elle être la mère d'un enfant et le père d'un autre, ou l'inverse, sans répercussions graves sur la construction psychique des enfants<sup>1296</sup> ? La jurisprudence européenne imposait-elle d'aller aussi loin<sup>1297</sup> ? En outre, *quid juris*, par exemple, si l'enfant invoque la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant au motif que la mention lui porterait préjudice ou ne lui permettrait pas d'établir la *réalité*<sup>1298</sup> de son état civil ? La Cour européenne des droits de l'homme pourrait rapidement se trouver confrontée à des questions qui l'obligeraient à repenser les solutions actuelles.

En matière d'inceste, l'impact de la jurisprudence européenne s'est également révélé important. Par un arrêt rendu le 4 décembre 2013<sup>1299</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation française décide que le prononcé de la nullité du mariage d'un beau-père avec sa belle-fille, divorcée d'avec son fils, revêt, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, a duré plus de vingt ans. C'est la crainte d'une condamnation de la France par la Cour de Strasbourg qui est manifestement à l'origine de cet arrêt<sup>1300</sup>. La motivation de l'espèce fait écho<sup>1301</sup> – et alors que les situations de fait n'étaient pas comparables – à un arrêt de la Cour européenne du 13 septembre 2005<sup>1302</sup>. Un communiqué<sup>1303</sup> de la Cour de cassation est venu préciser que le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question par cette décision fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont « la portée est limitée ». Pour combien de temps, sachant que les arrêts de la Cour européenne entrent désormais dans la catégorie des sources du droit français et que la loi du 18 novembre 2016 ouvre un réexamen en matière civile dans le domaine de l'état des personnes (*infra*) ?

---

*suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ».*

<sup>1294</sup> Paris, 2 juillet 1998, *JCP éd. G.* 1999. II. 10005, note T. Garé.

<sup>1295</sup> Interprétation *a contrario* de l'arrêt d'appel du 2 juillet 1998 et des dispositions de la loi du 12 octobre 2016. V., cependant, *supra* pages 232 et s

<sup>1296</sup> P. Lévy-Soussan, Enjeux psychologiques des filiations actuelles : en finir avec l'intérêt de l'enfant?, in *Familles contemporaines, le défi de l'éthique*, colloque Marseille 24 nov. 2016, *op. cit.*, et v. pages 306 et s.

<sup>1297</sup> Remarquons que semblable prise de risque pour des enfants a été prise, dans le cadre d'une procédure accélérée et par voie d'amendement sans aucune réflexion, ni lors des débats parlementaires – certes rapides – ni en amont, sur la question des atteintes corrélatives aux droits des tiers et, surtout, des enfants déjà nés ou à naître.

<sup>1298</sup> Rappr. Aff. *Mandet c/ France*, préc.

<sup>1299</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066.

<sup>1300</sup> F. Dekeuwer-Défossez, La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme ; Phèdre réhabilitée, *RLDC* 2014, p. 43.

<sup>1301</sup> *Ibidem*.

<sup>1302</sup> CEDH, 13 sept. 2005, aff. 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni, Dr. fam.* 2005, com. 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; *D.* 2006, p. 1418, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *JCP éd. G.* 2006. I. 109, n° 111, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2006, p. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2006, p. 758, obs. J. Hauser.

<sup>1303</sup> Communiqué n° 1389, année 2013.



L'impact de la jurisprudence de la Cour européenne est encore aggravé par les techniques de raisonnement mises en œuvre, spécialement la prise en compte des législations des Etats membres pour apprécier l'existence en matière familiale d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1304</sup>. »

Les répercussions des exemples donnés sur le contenu des droits de la famille des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme sont importantes. La Cour européenne contrôle le respect des droits et libertés fondamentaux. Or, l'esprit des conventions, charte ou déclaration, n'est pas familial, au sens social du terme, mais individualiste ; il s'agit de plus en plus nettement de défendre la vie privée et familiale (Conv. EDH, art. 8)<sup>1305</sup> d'un individu contre un Etat et non de réfléchir aux nécessaires limites à fixer, dans un Etat donné, aux désirs humains. Tous les verrous posés dans l'intérêt général et pour la protection de l'enfant sont menacés par le tsunami des droits individuels instrumentalisés<sup>1306</sup> pour la satisfaction de désirs. Le phénomène est en passe de se trouver fortement accéléré par la nouvelle autorité de droit des arrêts rendus par la Cour européenne.

## 2. Les décisions des cours européennes, sources du droit français

La loi du 18 novembre 2016 érige la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en source supérieure du droit français à effet rétroactif dans le domaine de l'état des personnes. L'article 42 de cette loi prévoit en effet, au titre du « réexamen en matière civile », la règle suivante : « *Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme (...)* ».

Récemment, l'impact des décisions des cours européennes avait été décuplé, mais dans une bien moindre mesure que ce qui résulte aujourd'hui de la loi du 18 novembre 2016. Le 15 avril 2011<sup>1307</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation énonce : « *Les Etats adhérents à la Convention européenne des droits de l'homme sont tenus de respecter les décisions de la Cour*

---

<sup>1304</sup> L'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce* (CEDH, 7 nov. 2013, grande chambre, req. n° 29381/09 et 32684/09) en représente une parfaite illustration. En l'espèce, « *la Cour considère que la tendance qui se dégage au sein des ordres juridiques des Etats membres du conseil de l'Europe est claire : parmi les dix-neuf Etats qui autorisent des formes de partenariats enregistrés autres que le mariage, la Lituanie et la Grèce sont les seuls à les réserver uniquement aux couples de sexe opposé (...)* » pour conclure que « *le Gouvernement n'a pas fait état de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi (...)* » en cause, après avoir relevé (mais sans y attacher d'effets en l'espèce) que « *le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention* », v. CEDH, *F. c/ Suisse*, 18 déc. 1987, § 33, série A n° 128.

<sup>1305</sup> Extrait aff. CEDH du 6 avril 2017 : « *La Cour a souligné à de nombreuses reprises que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre non seulement l'intégrité physique et morale de l'individu, mais aussi parfois des aspects de l'identité physique et sociale de celui-ci. Des éléments tels que, par exemple, l'identité ou l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention* », § 92 aff. *Garçon et Nicot c/ France*, préc.

<sup>1306</sup> Sur l'instrumentalisation des concepts de liberté et d'égalité, v. A. Supiot, *op. cit.*

<sup>1307</sup> Cass. A. P., 15 avr. 2011, n° 10-17049 ; n° 10.30313 et n° 10-30316.

européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »<sup>1308</sup>. Par ce procédé, la Cour de cassation érige la jurisprudence européenne en source du droit français<sup>1309</sup>, ce qui est tout à fait atypique. En France, une juridiction ne peut pas fonder sa décision sur un précédent jurisprudentiel<sup>1310</sup>. La Cour européenne introduit en revanche quant à elle des arrêts antérieurs dans ses motivations. Viser une décision française antérieure dans une motivation judiciaire demeure prohibé en droit français tandis que la jurisprudence européenne entre désormais dans les motifs de la décision.

Des juridictions du fond<sup>1311</sup> ont ainsi, dans le domaine des maternités de substitution, visé, à l'appui de leur décision, la jurisprudence européenne *Menesson et Labassée*<sup>1312</sup>. Surtout, le Conseil d'état<sup>1313</sup> puis la Cour de cassation<sup>1314</sup> ont suivi<sup>1315</sup> celle-ci, aboutissant devant la Cour de cassation à un spectaculaire revirement<sup>1316</sup> de jurisprudence. Pour autant, la convention de maternité pour autrui demeure prohibée sur le territoire français<sup>1317</sup>, et certaines juridictions du fond ont récemment annulé l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger<sup>1318</sup>.

L'arrêt rendu par la Cour européenne dans les affaires *Menesson et Labassée* appelle des solutions d'espèce<sup>1319</sup>. En outre, la décision européenne met en avant l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de celui-ci, ce qui est une bonne chose. Toutefois, cet intérêt aurait dû, dans une perspective tenant compte de toutes les dimensions du sujet<sup>1320</sup>, être apprécié à l'aune

---

<sup>1308</sup> Commentant cet arrêt, un auteur relève que l'assemblée plénière « fait sienne la doctrine de l'autorité de la chose interprétée, selon laquelle la jurisprudence européenne a vocation à être un instrument d'harmonisation des régimes juridiques nationaux des droits de l'homme, autour du standard minimum que représente la convention », O. Bachelet, *Gaz. Pal.*, 17-19 avr. 2011, p. 10 et s.

<sup>1309</sup> Cette évolution concerne les décisions de la CEDH et de la CJUE. Dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation française le 5 mars 2014, les arrêts de la CJUE sont cités pour fonder la décision : « Il résulte de la jurisprudence de la CJUE (...) » : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mars 2014, n° 12-24780, *Bull. civ.* 2014. I, n° 32. Les arrêts suivants sont cités dans le dernier attendu de l'espèce (y compris leurs références, comme suit) : « arrêts du 11 juillet 2008, *Rinau*, C-195/08 PPU, du 23 septembre 2009, *Deticek*, C- 403/09 PPU, et du 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Povse* (En matière de déplacement illicite d'enfant), C- 211/10 PPU ».

<sup>1310</sup> C. civ., art. 5.

<sup>1311</sup> TGI Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., n° 14/07497, 13 mai 2015 : ordonnant la transcription en se fondant sur les arrêts cités de la Cour CEDH, soulignant qu'il faut en tenir compte depuis les arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière, du 15 avril 2011, préc. Sur l'opposition entre consécration prudente des droits individuels par le juge de la filiation et l'influence déterminante des juridictions suprêmes, v. B. Gardey de Soos, préc.

<sup>1312</sup> CEDH, 26 juin 2014, aff. 65192/11, *Menesson c/ France* et CEDH, 26 juin 2014, aff. 65941/11, *Labassée c/ France*.

<sup>1313</sup> CE, 12 déc. 2014, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861, *association juristes pour l'enfance et autres*.

<sup>1314</sup> Cass. A. P., 3 juillet 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002.

<sup>1315</sup> Pourtant il y avait eu entre temps renvoi en grande chambre de l'affaire *Paradiso c/ Italie* (le renvoi en Grande chambre n'avait pas été demandé par la France dans les affaires *Menesson et Labassée*). Ce renvoi a abouti à l'arrêt de la grande chambre du 24 janvier 2017, préc.

<sup>1316</sup> Revirement par rapport à la décision Cass 1<sup>ère</sup> civ., 19 mars 2014, n° 13-50005 ; V. not. obs H. Gratadour, GPA : confirmation du refus de transcription des actes de naissance, *RLDC* 2014, n° 118, p. 42. Sur ce revirement, v. not. les obs. de C. Soulard, Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui, *Autour de la gestation pour autrui*, dossier, *loc. cit.*, pp. 191-203, spéc., p. 196.

<sup>1317</sup> V. pour une décision récente : TGI Bordeaux, 5<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 14322000193, n° Lexbase A8128NMY, obs. A. Gouttenoire, *Lexbase Hebdo éd. privée* n° 621 du 16 juillet 2015.

<sup>1318</sup> Rennes, 28 sept. 2015, *dépêches du Jurisclasseur* 08-10-2015 : Dans ces deux décisions, la cour d'appel de Rennes confirme l'annulation des actes de naissance de deux enfants nés de mères porteuses à l'étranger, l'un en Inde, l'autre aux Etats-Unis.

<sup>1319</sup> A. Gouttenoire, *loc. cit.*

<sup>1320</sup> V. *Supra* pages 197 et s.

de l'analyse du processus frauduleux dans son ensemble, favorisant<sup>1321</sup> la traite<sup>1322</sup> d'êtres humains<sup>1323</sup>, et non exclusivement au regard de la vie concrète de l'enfant. Cela ne veut pas dire que l'analyse des droits de l'enfant au regard de sa situation *in concreto* ne doit pas compter<sup>1324</sup>. Bien sûr, il faut vérifier que l'absence de transcription ne prive pas l'enfant de ses droits tels que proclamés par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Mais, lorsque les droits de l'enfant ne sont pas atteints<sup>1325</sup>, la transcription devrait pouvoir être refusée. C'est bien ce qui justifie la résistance de certaines juridictions, la Cour de cassation invitant à un traitement au cas par cas de la question.

La jurisprudence européenne joue également un rôle important dans la reconnaissance des décisions et des situations valablement créées à l'étranger<sup>1326</sup>, ce qu'illustre notamment l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*<sup>1327</sup>.

En l'espèce, la Cour Européenne des Droits de l'Homme condamne le Luxembourg, sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour avoir refusé de reconnaître une adoption plénière prononcée au Pérou au motif que le droit luxembourgeois n'ouvre pas l'adoption plénière à une personne seule<sup>1328</sup>. Les autorités judiciaires luxembourgeoises avaient rejeté la demande d'*exequatur* présentée par les requérantes sur le fondement des règles luxembourgeoises de conflits de lois qui prévoient que les conditions pour adopter sont régies par la loi nationale de l'adoptant ; or, l'article 367 du Code civil luxembourgeois exclut la possibilité d'une adoption par une personne seule. La motivation est intéressante : la Cour EDH décide qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention car les juridictions luxembourgeoises ne pouvaient passer outre « *un statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* »<sup>1329</sup>. De plus, elle estime que « *la décision de refus d'exequatur omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation* »<sup>1330</sup>.

Une telle décision se comprend bien : la Cour prononce cette condamnation après que la situation de fait ait été créée et que la « reconnaissance » de l'adoption s'impose, de surcroît une adoption faisant échapper un enfant à la misère<sup>1331</sup>. Il n'empêche que les règles de droit interne, y compris d'ordre public pèsent de peu de poids dans la balance. Très récemment, la Cour EDH a toutefois souligné, pour faire prévaloir le respect des règles d'ordre public protectrices de l'enfant, l'importance de prendre en compte « le risque que le simple écoulement du temps n'amène à une résolution de l'affaire »<sup>1332</sup>.

---

<sup>1321</sup> G. Puppincq et C. de la Hougue, Cour européenne des droits de l'homme : vers la libéralisation de la GPA..., *RLDC* 2014, n° 118 p. 78 ; C. Brunetti-Pons, Deux arrêts de la CEDH favorisent le développement des conventions de mère porteuse à l'échelle internationale ; à propos des arrêts rendus par la CEDH le 26 juin 2014, *RLDC* 2014, n° 118, p. 47.

<sup>1322</sup> M. Fabre Magnan, Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot, *D.* 2014. 491.

<sup>1323</sup> Résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 « *sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes* », 2010/2209 (INI).

<sup>1324</sup> Sur le sujet, v. C. Brunetti-Pons, Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui : derniers rebondissements, *RLDC* nov. 2013, pp. 41-45, spéc. p. 44 et 45.

<sup>1325</sup> Le juge dispose sur ce point d'un pouvoir d'appréciation.

<sup>1326</sup> H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH, préc.

<sup>1327</sup> CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01.

<sup>1328</sup> L'ordre public n'a pas été invoqué pour rejeter la décision péruvienne. Elle l'a été car le droit luxembourgeois était le seul applicable d'après les règles de conflit de lois luxembourgeoises.

<sup>1329</sup> CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, point n° 133.

<sup>1330</sup> CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, point n° 132.

<sup>1331</sup> Rappr. Les développements de droit international privé, *supra* pages 183 et s., spéc., p. 188.

<sup>1332</sup> CEDH, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, préc. Gr. ch., 24 janv. 2017, préc.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) consacre de son côté, sans équivoque mais pour l'instant seulement en matière de nom patronymique et de sociétés commerciales, le principe de reconnaissance par les Etats de l'Union européenne des situations valablement créées dans un autre Etat membre, le terme « valablement » s'entendant devant elle au sens du droit du pays d'origine<sup>1333</sup>.

Des concepts de droit international privé souvent mal connus – « la reconnaissance » – et dont le jeu est favorisé par le principe même de libre circulation dans l'Union européenne, contribuent à l'accélération des évolutions législatives et jurisprudentielles dans le domaine du droit des personnes et de la famille.

En outre, les conditions de la « reconnaissance » sont bien souvent pour ce faire assouplies, accélérant le processus : dans le cas des maternités de substitution, l'article 3 du Code civil fait que, malgré le déplacement des parents d'intention à l'étranger, le statut juridique de ceux-ci et les conventions ainsi passées suivent en principe leur nationalité ; en notre domaine, la loi française s'impose aux ressortissants français, non seulement en France, mais également à l'étranger<sup>1334</sup>. L'application de la méthode de la reconnaissance par la Cour EDH et l'article 311-14 du Code civil relatif à la loi applicable à l'établissement de la filiation ont cependant conduit à écarter ce texte. La portée normative des arrêts rendus par la Cour EDH est corrélativement mal maîtrisée.

## **B. La portée normative des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme**

La jurisprudence européenne est créatrice de solutions nouvelles dans le domaine du droit des personnes et de la famille. Sa portée normative a été favorisée par les pouvoirs et la méthode des cours européennes, spécialement de la Cour européenne des droits de l'homme. La portée des arrêts rendus par celle-ci (1) ne se trouve que faiblement limitée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité (2).

### **1. La portée grandissante des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle de l'interprétation et de la sanction**

La portée des arrêts érigeant les décisions des cours européennes en source du droit français est importante à raison de ce que la cour, par l'interprétation qu'elle fait, ajoute au texte et modifie peu à peu son contenu.

Le pouvoir d'interprétation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme appartient bel et bien à la Cour EDH. L'article 32. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme l'énonce en ces termes : « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la convention et de ses protocoles qui lui seront soumises (...)* ». L'interprétation développée par la Cour a eu notamment pour

---

<sup>1333</sup> Au sujet du nom patronymique, v. CJCE, 2 oct. 2003, *Avello*, (C-148/02) ; 14 oct. 2008, *Gumkin et Paul* (C-353/08). Aucune décision appliquant cette méthode à la filiation ne peut être relevée dans la jurisprudence de la CJUE.

<sup>1334</sup> Les procureurs interrogés dans le cadre de la présente recherche avaient conclu en ce sens et appliquaient l'article 3 du Code civil français.

conséquence de créer de nouvelles contraintes et obligations pour les Etats. L'exemple des « obligations positives » souligne que l'interprétation de la Convention par la Cour européenne est allée jusqu'à entraîner l'applicabilité de la Convention aux relations entre particuliers et a eu pour conséquence de placer sous le contrôle de la Cour des matières de droit privé qui n'étaient pas initialement concernées.

L'acceptation de l'obligation positive par la Cour européenne<sup>1335</sup> renvoie à un dépassement de la conception classique des droits civils et politiques, présentés comme des droits « de » supposant une abstention des pouvoirs publics, par opposition aux droits économiques et sociaux, compris comme des droits « à », réclamant des prestations de l'Etat<sup>1336</sup>.

En mettant ainsi à la charge de l'Etat des « obligations de faire, traditionnellement associées aux droits économiques et sociaux », la théorie des obligations positives étend les obligations que l'Etat tient de la Convention européenne des droits de l'homme : la responsabilité de l'Etat peut être désormais envisagée du fait de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait<sup>1337</sup>.

L'esprit individualiste du contrôle de conventionnalité s'en est trouvé fortement accru. Il ne s'agit plus simplement de défendre la vie privée et familiale d'un individu contre un Etat mais d'offrir aux individus la possibilité de réclamer à l'Etat la satisfaction de leurs revendications individuelles. Cela conduit beaucoup plus loin.

La sanction va dès lors bien au-delà d'une condamnation pour une ingérence de l'Etat contraire aux droits proclamés : l'exécution de l'arrêt dépasse nécessairement le cas d'espèce et impose à l'Etat une révision législative ou l'adoption d'une nouvelle loi, voire provoque un revirement de jurisprudence dès lors que les arrêts de la Cour européenne sont entrés dans la catégorie des sources de droit français (v. *supra*). La place du droit européen dans notre hiérarchie des normes a sans doute favorisé la combinaison de ces facteurs d'accroissement de la portée normative de la jurisprudence européenne en ce que les notions de droit interne – ordre public et fraude – permettant d'y faire obstacle subissent elle-même les conséquences d'une telle évolution<sup>1338</sup>.

L'évolution de la conception française de l'ordre public international en vient à faciliter des évolutions de fond touchant des règles jusque-là regardées comme « essentielles »<sup>1339</sup>. En se référant<sup>1340</sup> à la loi de 2013, la Cour de cassation française a, ainsi, très vite réduit la notion d'ordre public international à une peau de chagrin : depuis un arrêt du 28 janvier 2015<sup>1341</sup>, le mariage des personnes de même sexe entre dans la conception française de l'ordre public international. Désormais, l'ordre public représente un faible rempart à la « reconnaissance » des situations de « droit à l'enfant ».

---

<sup>1335</sup> CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, § 3.

<sup>1336</sup> F. Sudre, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, *RTDH*, 1995, pp. 363-383.

<sup>1337</sup> *Ibidem*.

<sup>1338</sup> V. Problématiques de droit international privé, *supra* pages 183 et suivants, spéc., pages 192 et s.

<sup>1339</sup> V. Rapport annuel de la Cour de cassation 2013, p. 128.

<sup>1340</sup> V. le rapport de l'avocat général J.-D. Sarcelet.

<sup>1341</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 janv. 2015, n° 13-50059.

Il reste l'argument de la fraude<sup>1342</sup>. Toutefois, la fraude<sup>1343</sup> ne permet pas d'écarter la « reconnaissance » d'une situation lorsque la Cour européenne l'impose au nom du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, en l'occurrence instrumentalisé<sup>1344</sup> car interprété à l'aune des faits et non de l'opération de maternité de substitution envisagée dans son ensemble<sup>1345</sup>.

Il y a donc *a minima* urgence à donner un contenu de droit<sup>1346</sup>, réellement protecteur de l'enfant, à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Libérée des habituels garde-fous du droit national (fraude et ordre public), l'influence des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme ne cesse de croître. Pourtant, il existe *a priori* des limites à ses pouvoirs.

## 2. La faiblesse des limites inhérentes au mécanisme de protection institué à l'échelle européenne

Dès l'origine, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé qu'elle « *ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la convention (...)*<sup>1347</sup> ». Plus récemment, un arrêt *Austin*<sup>1348</sup>, rendu en grande chambre, décide : « *découlant d'une lecture combinée des articles 1<sup>er</sup> et 19 de la convention, la subsidiarité est l'un des piliers de la convention* ».

Il résulte encore du Protocole n° 15 amendant la Convention européenne des droits de l'homme qu'« *il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme instituée par la présente Convention* »<sup>1349</sup>. Ce protocole additionnel entrera en vigueur lorsque tous les Etats parties à la Convention l'auront signé et ratifié. Ce texte a été adopté à la suite de la conférence de Brighton, sur l'avenir de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'issue de laquelle les Etats ont heureusement proclamé leur attachement à la Convention et à ses droits, tout en soulignant l'importance des « *principes tels que ceux de subsidiarité et de marge d'appréciation*<sup>1350</sup> ».

---

<sup>1342</sup> Sur l'importance de l'analyse du processus frauduleux dans le raisonnement mis en œuvre par la Cour de cassation française avant le revirement de 2015 et spécialement dans les arrêts du 13 septembre 2013 (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 sept. 2013, n° 12-18315 et n° 12-30138) et du 19 mars 2014 (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 mars 2014, n° 13-50005), V. obs. M. Fabre-Magnan, Le refus de transcription : la Cour de cassation gardienne du droit, *D.* 2013, p. 2384 et s. V. *Supra* Partie II, Chapitre I, Section I, § 1, sous l'angle du droit international privé, pages 182 et s.

<sup>1343</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 sept. 2013, n° 12-18315 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 sept 2013, n° 12-30138 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 mars 2014, n° 13-50005.

<sup>1344</sup> M. Fabre-Magnan, Les trois niveaux d'interprétation de l'intérêt de l'enfant, *D.* 2015, p. 224 et s.

<sup>1345</sup> *Ibidem*.

<sup>1346</sup> Sur l'intérêt supérieur de l'enfant, « notion de droit », v. C. Brunetti-Pons, in *L'enfant sujet de droits*, Lamy, 2010, *op. cit.*, et, du même auteur : L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ?, in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, RLDC*, supplément au n° 87, nov. 2011. Pour une démonstration d'ensemble, v. G. Hubert-Dias, *L'intérêt supérieur de l'enfant*, *op. cit.*

<sup>1347</sup> CEDH affaire linguistique belge, 23 juillet 1968 ; affaire *Handyside / RU* du 7 déc. 1976, req. n° 5493/72.

<sup>1348</sup> CEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et autres c/ R-U*, req n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09.

<sup>1349</sup> Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 24 juin 2013, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1350</sup> Déclaration de Brighton, 20 avr. 2012.

Le protocole n° 15 fait expressément référence au principe de subsidiarité et à « la doctrine de la marge d'appréciation ». Appliquée à la matière des obligations positives<sup>1351</sup>, la notion de marge d'appréciation<sup>1352</sup> souligne que les Etats disposent du libre choix des moyens pour garantir le respect effectif du droit individuel mais affirme aussi l'aptitude de la cour à contrôler ce pouvoir discrétionnaire. Le principe de proportionnalité, plus récent que la « doctrine de la marge d'appréciation », joue par ailleurs un rôle important en ce qu'il vise à rechercher un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts individuels. Subsidiarité et proportionnalité introduisent des limites au pouvoir des cours européennes<sup>1353</sup>.

L'émergence d'« obligations positives » dans le domaine de l'article 8 de la Convention EDH limite toutefois sensiblement la marge d'appréciation des Etats. Par exemple, dans le cas du transsexualisme, la Cour EDH (§ 97), dans l'affaire *A. P. Garçon et Nicot c/ France*, précité, se référant aux arrêts *I. c. Royaume-Uni, Christine Goodwin* et *Van Kück*<sup>1354</sup>, précise : « le Gouvernement rappelle que l'article 8 met à la charge des États membres l'obligation de reconnaître juridiquement la conversion sexuelle des personnes transsexuelles, ces États ne disposant d'une marge d'appréciation que pour déterminer les conditions que doivent remplir celles qui revendiquent la reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle pour établir que leur conversion sexuelle a bien été opérée. »

Par ailleurs, en l'absence de réflexion en amont sur le contenu précis<sup>1355</sup> des normes appliquées, les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont difficiles à mettre en œuvre. Par exemple, la Cour européenne s'abstient, dans les affaires *Menesson* et *Labassée*<sup>1356</sup>, de s'interroger d'abord sur le point de savoir si la maternité de substitution n'est pas un traitement inhumain et dégradant au sens de la Convention. La Cour évite de poser la question centrale,

---

<sup>1351</sup> V. *Supra ce § : B I*.

<sup>1352</sup> Arrêt *Handyside* du 7 déc. 1976, préc., obs. c/ RUP. Rolland, *JDI*, 1978, p. 706. Après avoir posé l'obligation d'assurer l'effectivité du droit, la CEDH a hésité sur la méthode requise pour la mise en œuvre par l'Etat condamné de la décision. C'est à partir de la décision *Abdulaziz, cabales et Balkandali* du 28 mai 1985 (req. n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81), que le libre choix des moyens fait place à celle de marge d'appréciation, F. Sudre, *loc. cit.*, p. 376.

<sup>1353</sup> Dans le domaine familial, l'articulation entre ces différents outils est particulièrement bien synthétisée par l'arrêt *Powell et Rayner*, en ces termes : « *Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 8, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique, à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins. Dans les deux cas<sup>1353</sup>, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la convention* » (§ 41). V. CEDH, 21 fév. 1990, et v. arrêt *Keegan*, 26 mai 1994, req. n° 16969/90.

<sup>1354</sup> *Supra* pages 40 et suivants.

<sup>1355</sup> L'extension des droits fondamentaux – depuis les libertés publiques, les droits-libertés, déclarés en 1789 jusqu'aux droits sociaux, culturels et économiques de « troisième génération » formulés dans la déclaration de 1948 – représente une déduction de ce qu'implique le principe de dignité. La première phrase du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose que : « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* », M. Fabre-Magnan, *Le statut juridique du principe de dignité, Droits*, 58, 2013. La Cour européenne, dans son œuvre d'interprétation, devrait *a minima* se référer à ce fondement, lequel est de nature ontologique d'après Michel Terestchenko : « *dès lors qu'il est inséparable de l'humanité de la personne humaine en tant que telle* », Le principe de dignité, L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité, *op. cit.*, spéc., p. 64 ; du même auteur : « *Le principe de dignité apparaît, dans la lumière du jour, à l'occasion de cas qui manifestement le remettent en cause. Ou plutôt il n'apparaît que comme le fond caché, invisible et indéfinissable de l'humanité de l'homme lorsque celle-ci est manifestement outragée* », *loc. cit.* p. 66.

<sup>1356</sup> Décisions précitées.

du point de vue des droits et libertés fondamentales, que soulève l'affaire étudiée sur les plans éthique, philosophique et théorique. En conséquence, son raisonnement est centré sur les faits.

En l'absence de précision substantielle des droits et libertés fondamentales, la Cour européenne enregistre les faits. Elle a tendance à considérer, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la notion de vie familiale se confond avec la situation de fait que vit l'enfant<sup>1357</sup>. Or, se résigner « à faire primer le fait accompli » revient à empêcher toute protection au nom du droit, alors même que le rôle du droit est d'intervenir en matière familiale pour protéger l'enfant contre des situations de fait susceptibles de le mettre en danger ou d'entraver son bon développement<sup>1358</sup>.

Récemment, la Cour européenne reconnaît que : « la Convention européenne ne consacre aucun droit de devenir parent<sup>1359</sup> ». *A minima*, elle en déduit que la violation de « règles importantes » pour se procurer un enfant par convention de GPA et en l'absence, en l'espèce, de lien biologique, conduit à refuser de sanctionner le retrait de l'enfant aux requérants sur le fondement de l'article 8 de la Convention. L'arrêt *Paradiso et Campanelli c/Italie*, précité, du 24 janvier 2017, porte l'espoir d'un droit demain protecteur de l'enfant contre les trafics actuels :

« § 212 : *La Cour ne sous-estime pas l'impact que la séparation immédiate et irréversible d'avec l'enfant doit avoir eu sur la vie privée des requérants. Si la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent, la Cour ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce.*

§ 216. *Dès lors il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ».*

### **Conclusion :**

La Cour européenne des cours européennes tient *in fine* peu compte en matière familiale du fondement des droits et libertés proclamés dans la Convention européenne des droits de l'homme (principe de dignité)<sup>1360</sup>. Le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, de plus en plus nettement présent dans ses motivations, pourrait toutefois conduire à équilibrer peu à peu le jeu des rapports de force. Encore faudrait-il toutefois en ce cas, non seulement offrir au concept un vrai contenu protecteur en amont des situations constituées<sup>1361</sup>, mais aussi prendre en considération « le risque que le simple écoulement du temps n'amène à une résolution de l'affaire<sup>1362</sup> ».

---

<sup>1357</sup> Sur la démonstration, v. C. Brunetti-Pons, Adoption avec éviction de l'homme, l'une des conséquences de la loi dite « mariage pour tous », *loc. cit.*, spéc., p. 11.

<sup>1358</sup> *Ibidem*.

<sup>1359</sup> CEDH 24 janv. 2017, préc.

<sup>1360</sup> F. Chénéde, D. 2015, 1172-1176.

<sup>1361</sup> *Supra* pages 52 et s.

<sup>1362</sup> Aff. *Paradiso et Campanelli c/ France*, préc., § 213.



En l'état actuel du droit, il y lieu de regretter une contradiction<sup>1363</sup> interne entre la finalité de l'ordre public familial européen qui est en particulier de lutter contre les trafics d'enfants<sup>1364</sup>, et le rôle dont se sent investie la Cour européenne, laquelle fait le plus souvent émerger en ce domaine de nouveaux droits individuels les favorisant.

### Section III. L'analyse des mécanismes de la jurisprudence de la Cour de cassation au regard du « droit à l'enfant »

Contrairement au cas du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée directement sur la question d'un « droit à l'enfant ». En revanche, les fondements juridiques du raisonnement ayant permis à la jurisprudence de laisser peu à peu progresser des revendications de « droit à l'enfant » transparaissent à l'analyse de ses arrêts.

Un tableau chronologique permet de retracer l'évolution des motivations de la Cour de cassation en ce domaine (§ 1).

Au terme de ce travail d'analyse, le développement d'un « droit à l'enfant » semble contingent aux lois qui, peu à peu, ont conduit à faire évoluer la position de la Cour de cassation (§ 2).

#### § 1. Le tableau chronologique des décisions de la Cour de cassation susceptibles de servir ou de desservir la revendication d'un « droit à l'enfant »

##### Analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation au regard du « droit à l'enfant »

références de la décision	thème	lien de filiation avec la mère	lien de filiation avec le père	objet du litige ou question posée	motif de la décision	Appréciation au regard du droit à l'enfant
C. cass. Ire Civ. 16 décembre 1980 n° 79-10.381	adoption	oui : par la mère qui a accouché	oui : par la présomption de paternité de l'époux de la mère	Alors que le père a été écroué quelques temps peu après la naissance et que les époux ont divorcé, peut-on passer outre à l'opposition du père à l'adoption de l'enfant à laquelle la mère a consenti au profit d'une tante et de son époux	Pour permettre de passer outre au refus des parents ou de l'un d'eux de consentir à l'adoption de leur enfant, il faut, d'une part, que ceux-ci se soient désintéressés de l'enfant, au risque d'en compromettre la santé ou la moralité et, d'autre part, que le refus de consentir à l'adoption soit jugé abusif ; le refus, en l'espèce, ne revêt pas le caractère d'une opposition arbitraire et malicieuse	défavorable

<sup>1363</sup> Sur la démonstration, V. *El estado en la encrucijada : retos y desafíos en la sociedad internacional del Siglo XXI op. cit.*

<sup>1364</sup> Plus largement d'assurer la protection des enfants à l'échelle internationale.

C. cass. Ire Civ. 7 mars 1989 n° 87- 16.302	tierce opposition à adoption plénière	oui : mère qui a accouché	oui : présomption de paternité de l'époux de la mère, puis père adoptif	A quelle condition, le second époux de la mère, devenue veuve au cours de l'instance en divorce avec son premier époux, peut-il adopter plénièrement les enfants issus de cette première union ?	L'adoption en la forme plénière des enfants par le second mari de leur mère dans le but, en l'espèce, de couper les enfants de leur famille paternelle et notamment de leurs grands- parents, loin de correspondre à la finalité de cette institution en constitue un véritable détournement	défavorable
C. cass. Ire Civ. 10 janvier 1990 n° 88-13.873	obligation alimentaire	oui par la mère qui a accouché	oui : par le père génétique après expertise	quelle est l'autorité en France d'une décision étrangère établissant la paternité génétique ?	l'obligation alimentaire du père résulte du fait qu'il a été déclaré père véritable de l'enfant par une décision allemande ayant autorité de plein droit en France indépendamment de l'exequatur, sauf s'il y a lieu de procéder à une mesure d'exécution	défavorable
Ass. Plén. 31 mai 1991 n° 90-20.105	adoption plénière et GPA	non : l'acte de naissance ne porte pas de filiation à l'égard de la mère qui a accouché	oui : par le père biologique	Pourvoi dans l'intérêt de la loi contre un arrêt ayant prononcé l'adoption plénière de l'enfant issu d'une GPA par l'épouse du père biologique, mère d'intention	l'adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'une enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, processus qui porte atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et constitue un détournement de l'institution de l'adoption	défavorable
C. cass. Ire Civ. 4 mai 1994 n° 92- 17.911	demande d'expertise sanguine	oui, reconnaissance par la mère qui a accouché	oui au terme d'une reconnaissance	après mariage avec la mère, le mari de celle- ci peut-il solliciter un examen comparé des sangs avec le père qui a reconnu l'enfant, en dehors de toute action en contestation de reconnaissance ?	L'art. 145 c. proc. civ. permet que soient ordonnées les mesures d'instruction légalement admissibles, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ; l'existence d'un risque de dépérissement des preuves et l'intérêt pour le requérant d'évaluer les chances de succès d'une action en contestations de reconnaissance constituent ce motif légitime, souverainement apprécié	plutôt favorable
C. cass. Ire Civ. 29 juin 1994 n° 92- 13.563	don de sperme et adoption	oui : par la mère génétique et utérine, l'enfant étant conçu avec un don de sperme	oui : par un acte de reconnaissance du père biologique qui a donné son sperme	l'enfant ayant été remis au père et à son épouse dès la naissance, la mère a consenti à l'adoption plénière de cet enfant par les époux. Au terme de la procédure d'adoption, poursuivie par la seule épouse après le divorce des époux, l'adoption simple de l'enfant a été prononcée	la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ; l'adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, ce qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption	défavorable

C. cass. 1re Civ. 28 mars 2000 n° 98- 12.806	contestation de paternité	oui : par la mère qui a accouché	oui : par une reconnaissance dans l'acte de naissance	la mère doit-elle rapporter la preuve du caractère mensonger de la reconnaissance ?	l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ; l'expertise biologique doit être ordonnée pour suppléer la carence de la mère dans l'administration de la preuve	défavorable
C. cass. 1re Civ. 9 décembre 2003 n° 01-03.927	adoption	non : l'acte de naissance ne porte pas de filiation à l'égard de la mère qui a accouché	oui : acte de reconnaissance du père qui était dans les liens d'un mariage	requête en adoption plénière de l'épouse concernant une enfant, âgée de 12 ans, conçue alors que la jurisprudence ne s'était pas encore prononcée sur l'impossibilité d'une adoption à la suite d'une convention de « mère porteuse »	la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du code civil et, aujourd'hui, de son article 16- 7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption	défavorable
C. cass. 1re Civ. 18 mai 2005 n° 02- 18.943	substitution d'enfant alléguée	oui : par la mère supposée avoir accouché	oui : par la présomption de paternité de l'époux de la mère	Irrecevabilité d'une action en contestation de filiation légitime avec demande d'expertise génétique, sur le fondement d'une possession d'état conforme	s'il est allégué une supposition d'enfant ou substitution, même involontaire, soit avant, soit après la rédaction de l'acte de naissance, la preuve en est recevable par tous moyens ; dès lors, l'existence d'une possession d'état conforme ne permet pas de déclarer l'action irrecevable	défavorable
C. cass. 1re Civ. 24 février 2006 n° 04-17.090	délégation partielle d'autorité parentale	oui : par la mère qui a accouché des deux enfants	non : pas de filiation paternelle établie	délégation partielle de l'autorité parentale de la mère biologique au profit de la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité	La cour d'appel a pu décider qu'il était de l'intérêt des enfants de déléguer partiellement l'autorité parentale au profit de la personne liée à leur mère par un pacte civil de solidarité, eu égard à l'existence d'une relation stable depuis de nombreuses années, considérée comme harmonieuse et fondée sur un respect du rôle des deux personnes ayant conclu ce pacte civil de solidarité auprès des enfants, ainsi qu'à l'absence de filiation paternelle, qui laissaient craindre qu'en cas d'événement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, sa compagne ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux des enfants	plutôt favorable

C. cass. 1re Civ. 7 avril 2006 n° 05- 11.285 et 05-11.286	adoption	non : la mère ayant demandé le secret de l'accouchement	oui : acte de reconnaissance ante natal	l'enfant admis comme pupille de l'État, dans l'ignorance de l'acte de reconnaissance du père, a été placé en vue de l'adoption ; le père a sollicité la restitution de l'enfant et, dans le même temps, les parents adoptifs ont demandé l'adoption plénière de l'enfant	l'enfant ayant été identifié par le père qui l'a reconnu à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'État, informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus consentir valablement à l'adoption de l'enfant	défavorable
C. cass. 1re Civ. 20 février 2007 n° 04-15.676	adoption	oui : par la mère qui a accouché des deux enfants	non : enfants nés par PMA	demande d'adoption simple par la femme liée par un pacte civil de solidarité avec la mère avec délégation d'autorité parentale au profit de la mère biologique	la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant	défavorable
C. cass. 1re Civ. 20 février 2007 n° 06-15.647	adoption	oui : par la mère qui a accouché	non : enfant né par PMA	demande d'adoption simple par la femme liée par un pacte civil de solidarité avec la mère	l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; le transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant priverait la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits, même si elle a consenti à l'adoption	défavorable
Ass. Plén. 23 novembre 2007 n° 16-10.039	recherche de paternité	oui : reconnu par sa mère après la naissance	non	action en recherche de paternité introduite par l'enfant à sa majorité	l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, même en l'absence de recueil d'indices ou de présomptions de paternité	défavorable
C. cass. 1re Civ. 19 décembre 2007 n° 06-21.369	adoption	oui : par la mère qui a accouché	non : enfant né par PMA avec tiers donneur anonyme	demande d'adoption simple par la femme liée par un pacte civil de solidarité avec la mère	la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard ; en outre, l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage	défavorable

C. cass. Ire Civ. 19 mars 2008 n° 07- 11.573	contestation de paternité	oui par la mère qui a accouché	oui par le mari de la mère (présomption de paternité)	la possession d'état d'enfant légitime paisible et non équivoque peut-elle se constituer pendant la grossesse ?	En relevant l'entretien de relations intimes entre la mère et l'auteur de la paternité revendiquée, pendant la période de conception légale de l'enfant, la revendication de cette paternité, durant la grossesse, et l'assignation en contestation de paternité légitime moins de six mois après la naissance de l'enfant, la cour d'appel a pu en déduire qu'il ne s'était pas constitué une possession d'état d'enfant légitime paisible, sans équivoque et continue	plutôt favorable
C. cass. Ire Civ. 19 mars 2008 n° 06- 19.640	demande de rectification d'un acte de naissance	oui	oui	demande de la rectification du nom de sa mère sur son acte de naissance	les éléments concernant la naissance suffisaient à démontrer que le requérant avait tenté d'usurper l'identité d'une personne décédée pour substituer à son état civil celui de la mère du prédécédé ; c'est à bon droit qu'il a été décidé, s'agissant d'une action en rectification d'état civil et non d'une action d'état, qu'il n'était pas nécessaire de rechercher d'autres éléments de preuve et notamment de faire droit à une demande d'expertise biologique	plutôt défavorable
C. cass. Ire Civ. 16 avril 2008 n° 07- 11.273	délégation d'autorité parentale	oui : par la mère qui a accouché	oui : reconnaissance par le père biologique	l'autorité parentale peut-elle être déléguée à la compagne de la mère après le décès de celle-ci, alors que le père des enfants a seul l'exercice de cette autorité parentale ?	qu'aucune disposition légale n'impose au juge de choisir par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale ; qu'il lui appartient seulement de rechercher si les circonstances exigent une telle délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ; qu'ayant relevé que les enfants résidaient depuis le décès de leur mère au domicile de la personne qui avait été désignée par cette dernière pour les prendre en charge en cas de décès, qu'ils entretenaient des liens de proximité et d'affection avec cette personne qui faisait partie de leur vie depuis leur plus jeune âge, que selon l'enquête de gendarmerie, les enfants étaient bien intégrés dans la vie associative de la commune et qu'ils jouissaient d'une bonne estime au sein de la population et de leur propre voisinage, que leur situation auprès de cette personne, dotée de capacités éducatives et affectives, constituait un repère stable puisque les enfants avaient toujours vécu dans la région de Montpellier, la cour d'appel, sans prendre uniquement en considération le souhait exprimé par les enfants, a pu décider qu'il était de l'intérêt de ceux-ci de	plutôt favorable

					fixer leur résidence chez cette personne et de déléguer partiellement à celle-ci l'exercice de l'autorité parentale dont le père était seul titulaire et de le partager entre eux ;	
C. cass. 1re Civ. 17 décembre 2008 n° 07-20.468	transcription d'un acte de naissance dressé à l'étranger	oui : à l'état civil américain par la mère porteuse à laquelle a été substituée par jugement la mère d'intention	oui : par le père génétique	La loi californienne autorisant la gestation pour autrui sous contrôle judiciaire, la mère d'intention est devenue mère légale – le ministère public a agi en annulation de la transcription	les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions	défavorable
C. cass. 1re Civ. 25 février 2009 n° 08-11.033	adoption	inconnu	inconnu	requête en adoption plénière de la personne bénéficiant d'une décision de kafala sur l'enfant né en Algérie	la loi algérienne qui prohibe l'adoption mais autorise la kafala justifie le rejet de la requête en adoption, dès lors que la kafala, reconnue par la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, préserve, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant	défavorable
C. cass. 1re Civ. 8 juillet 2010 n° 08-21.740	autorité parentale	oui : à l'état civil américain par la mère américaine à la suite d'une insémination par donneur anonyme	non, mais l'acte de naissance porte, en suite d'un jugement d'adoption américain, la mention en qualité de « parent » de la compagne française de la mère	demande d'exequatur du jugement d'adoption qui partage l'exercice de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante	Le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français suppose que la décision concernée comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; tel n'est pas le cas de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante de l'enfant ; le refus d'exequatur ne peut dès lors être fondé sur le seul constat qu'au titre des effets de	favorable

					l'adoption, l'adoptante est seule investie de l'autorité parentale.	
C. cass. 1re Civ. 17 novembre 2010 n° 09-68.399	transcription d'un acte de naissance dressé à l'étranger	oui sur le fondement d'un faux certificat d'accouchement de l'épouse du père	oui : l'acte de naissance a été dressé sur la déclaration du père	L'enfant, abandonné à la naissance, a fait l'objet d'une déclaration de naissance sur le fondement d'un faux certificat d'accouchement et, quelques jours plus tard, d'une décision de kafala au profit des parents français qui l'ont recueilli – leur demande de transcription de l'acte de naissance dressé au Maroc sur les registres de l'état civil français est rejetée	l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi, caractérisée par la production au consulat de France d'une déclaration mensongère attestant d'un faux accouchement de l'épouse	défavorable
C. cass. 1re Civ. 15 décembre 2010 n° 09-10.439	adoption	filiation inconnue	filiation inconnue	enfant recueilli par acte de kafala qui fait l'objet d'une demande d'adoption par ceux qui lui ont donné leur nom	le statut personnel de l'enfant prohibe l'adoption, la kafala, définie comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant comme le ferait un père pour son fils, qui est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, préserve l'intérêt supérieur de cet enfant	défavorable
C. cass. 1re Civ. 24 février 2011 n° 10-40.068	action en contestation de la filiation en présence d'une possession d'état conforme au titre	-	-	QPC : conformité des dispositions de l'article 333 c. civ. aux droits et libertés constitutionnellement garantis	Absence de caractère sérieux de la question posée, en ce que cet article répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés ;	plutôt favorable

C. cass. 1re Civ. 9 mars 2011 n° 09- 72.371	adoption	oui : de la mère qui a accouché, puis de la mère adoptive à l'état civil américain	oui : du père adoptif à l'état civil américain	demande de transcription sur les registres de l'état civil français d'un jugement d'adoption américain prononcé au vu du consentement de la mère à l'adoption, par un couple français, de l'enfant dont elle a accouché, à la suite de la publication par ce couple d'une annonce pour trouver « le bébé de leur rêve »	appréciation souveraine des juges du fond pour constater que le consentement que le consentement à l'adoption ne revêtait pas le caractère du consentement libre et éclairé exigé par l'article 370-3, alinéa 3, du code civil – les conséquences de tous les actes réalisés en l'espace d'une heure et demie n'avaient pu être évaluées par la mère qui n'avait, au moment de la signature des actes, le lendemain de la naissance, pas pu faire l'expérience de la séparation	défavorable
C. cass. 1re Civ. 9 mars 2011 n° 10- 10.385	adoption	oui pour chacun des deux enfants, chacune des mères qui vivent ensemble ayant accouché d'un enfant conçu par insémination artificielle du même donneur	non (insémination artificielle par un donneur non identifié)	l'adoption simple par une femme de l'enfant né des œuvres de celle dont elle partage la vie peut-elle être prononcée ?	en cas d'adoption, la mère perdrait l'exercice de l'autorité parentale sur son enfant, alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à l'égard de son enfant, le partage de l'autorité parentale n'étant prévu que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, c'est-à-dire d'une personne unie par les liens du mariage	défavorable
C. cass. 1re Civ. 6 avril 2011 n° 09- 66.486	GPA suivie d'une adoption	oui : abandon de l'enfant par la mère qui a accouché, suivie d'une adoption par la mère donneuse de gamètes	oui : par le donneur de gamètes, en qualité de père adoptif	contestation de la transcription en France d'un acte de naissance portant mention d'un jugement d'adoption au profit du couple donneur de gamètes, après abandon de l'enfant par la mère porteuse	il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil – la rectification par voie de suppression de la mention de la mère adoptive dans l'acte de transcription ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État de naissance lui reconnaît	défavorable
C. cass. 1re Civ. 6 avril 2011 n° 10- 19.053	GPA	oui : jugement étranger désignant l'épouse du père comme mère légale de toute enfant qui naîtrait de la mère porteuse	oui : jugement étranger déclarant le père d'intention comme père génétique	annulation des actes de transcription en France des actes de naissance de deux jumelles établis à l'étranger, en exécution d'une décision de justice étrangère	il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil – la rectification par voie de suppression de la mention de la mère adoptive dans l'acte de transcription ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit	défavorable



					de l'État de naissance lui reconnaît	
C. cass. 1re Civ. 6 avril 2011 n° 09- 17.130	GPA	oui : jugement étranger constatant la renonciation à tout droit sur l'enfant de la mère utérine et de son mari et désignant le père biologique et son épouse, commanditaire de cette naissance, comme parents de l'enfant	oui : jugement étranger constatant la renonciation à tout droit sur l'enfant de la mère utérine et de son mari et désignant le père biologique et son épouse, commanditaire de cette naissance, comme parents de l'enfant	transcription d'un certificat de notoriété délivré en France, attestant de la possession d'état de l'enfant à l'égard des parents d'intention	il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil – ce principe qui fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement d'une filiation en conséquence d'une telle convention ne prive pas l'enfant de la filiation paternelle et maternelle que le droit de l'État de naissance lui reconnaît	défavorable
C. cass. 1re Civ. 4 mai 2011 n° 10- 13.996	tierce opposition à adoption simple	ignoré	ignoré	adoption simple de sa compagne pour lui procurer un avantage successoral	L'adoption simple a pour objet non pas de renforcer des liens d'affection ou d'amitié entre deux personnes ayant des relations sexuelles mais de consacrer un rapport filial ; la cour d'appel, après avoir retenu que adoptante et adoptée vivaient en concubinage depuis de nombreuses années et que l'adoptante n'avait jamais évoqué l'existence d'un rapport filial, mais aussi, que l'adoption simple leur permettait de contourner les règles civiles régissant les donations entre vifs, a souverainement apprécié leur demande au regard de la finalité de l'institution et constaté son détournement	défavorable

C. cass. Ire Civ. 1er juin 2011 n° 10-19.028	annulation d'actes de reconnaissance	oui par un acte de reconnaissance dix-sept mois après la naissance	oui par le père biologique, après expertise génétique, dix-sept mois après la naissance	reconnaissance de l'enfant, par le père, puis par la mère, alors que l'enfant, confié à la naissance à un organisme autorisé pour l'adoption, fait l'objet d'une demande d'adoption plénière pour laquelle le conseil de famille a donné son consentement	le placement en vue de l'adoption était régulier, compte tenu du délai respecté entre le recueil de l'enfant et son placement et de la carence de la mère pour reprendre l'enfant dans le délai de deux mois après la naissance et du père pour reconnaître l'enfant et manifester de l'intérêt à son égard avant le dépôt de la requête en adoption ; ce placement était en outre conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant en lui offrant un environnement familial stable, sans attendre une hypothétique reconnaissance	favorable
C. cass. Ire Civ. 1er juin 2011 n° 10-20.554	adoption	non à la naissance, l'enfant étant confié à un organisme autorisé pour l'adoption ; oui par la mère qui a accouché, dix-sept mois plus tard	non à la naissance ; oui par le père biologique, après expertise génétique, dix-sept mois après la naissance	après consentement à l'adoption par le conseil de famille et dépôt par les parents adoptifs d'une requête en adoption plénière, les parents génétiques ont reconnu l'enfant	les parents génétiques n'ayant pas fait état d'une situation de concubinage avant la naissance, ni durant l'instance, et n'ayant pas vu ou revu l'enfant après l'accouchement, il pouvait être de l'intérêt actuel de l'enfant de lui procurer un milieu familial stable, dès lors qu'il était constaté que les délais entre la naissance, le consentement et le placement en vue de l'adoption avaient été suffisants pour permettre aux parents de naissance d'agir	favorable
C. cass. Ire Civ. 16 juin 2011 n° 08-20.475	action en constatation d'une possession d'état	oui	reconnaissance annulée par jugement	les éléments invoqués ne suffisant pas à caractériser la possession d'état, une expertise biologique a été ordonnée	en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique	favorable
C. cass. Ire Civ. 26 octobre 2011 n° 09-71.369	recherche de paternité	oui reconnaissance ante natale par une mère de nationalité ivoirienne	oui reconnaissance ante natale	après annulation de la reconnaissance par le père, l'action en recherche de paternité peut-elle être poursuivie à l'encontre d'un homme marié, alors que la loi ivoirienne la prohibe ?	La cour d'appel a exactement décidé que ces dispositions étaient contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles priveraient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle	plutôt défavorable
C. cass. Ire Civ. 7 juin 2012 n° 11-30.261	exequatur d'une décision étrangère d'adoption	ignoré	oui : filiation adoptive à l'égard d'un père français et d'un père britannique	l'adoption conjointe peut-elle être prononcée au profit de deux personnes de même sexe ; la transcription de cette adoption sur les registres de l'état civil est-elle conforme aux principes essentiels du droit français	La réserve de l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français ; mais, est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe	défavorable

C. cass. Ire Civ. 7 juin 2012 n° 11- 30.262	exequatur d'une décision étrangère d'adoption	ignoré	oui : filiation adoptive à l'égard de deux père franco- canadiens	l'adoption conjointe peut-elle être prononcée au profit de deux personnes de même sexe ; la transcription de cette adoption sur les registres de l'état civil est-elle conforme aux principes essentiels du droit français	La réserve de l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français ; mais, est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe	défavorable
C. cass. Ire Civ. 13 septembre 2013 n° 12-30.138	GPA	oui : il s'agit de la mère qui a accouché	oui : reconnaissance ante-natale	transcription en France de l'acte de naissance dressé en Inde, nonobstant l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui caractérisée par le parquet	le refus de transcription est justifié, même si la régularité formelle de l'acte de naissance et la conformité de ses énonciations à la réalité ne sont pas contestées, dès lors que la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour autrui, cette convention étant nulle d'une nullité d'ordre public	défavorable
C. cass. Ire Civ. 13 septembre 2013 n° 12-18.315	GPA	oui : à l'état civil indien par par l'épouse du père déclaré	oui : par une reconnaissance ante-natale en France et par l'indication du nom du père dans l'acte de naissance dressé en Inde	refus de transcription en France de l'acte de naissance dressé en Inde, sur le fondement de l'existence d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui et contestation de la paternité par le ministère public pour fraude à la loi	dès lors que l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui est caractérisée l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français - l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code	défavorable
C. cass. Ire Civ. 23 octobre 2013 n° 12-20.560	droit de visite et résidence alternée	oui : par la mère qui a accouché	non : pas de filiation paternelle établie	rejet d'une demande de droit de visite et d'hébergement de la partenaire d'un pacte civil de solidarité après dénonciation de ce pacte	l'absence d'intérêt actuel de l'enfant de maintenir des liens avec cette personne a été souverainement estimée, notamment, compte tenu d'une rupture des relations avec l'enfant pendant près de trois ans du fait de la rupture entre les parties, d'une franche hostilité de l'enfant au fait de devoir satisfaire à ces droits, lorsqu'ils ont été octroyés par les premiers juges, et de la 'stupéfaction « de l'enfant au sujet de cette revendication, attestée par deux avis de spécialistes	défavorable

C. cass. Ire Civ. 19 mars 2014 n° 13-50.005	GPA	oui : à l'état civil indien par la mère qui a accouché	oui : par une reconnaissance du père dans l'acte de naissance dressé en Inde	refus de transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français par le ministère public	En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil – les éléments réunis par le ministère public établissant l'existence d'une semblable convention, l'acte de naissance ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français	défavorable
Avis C. cass. 22 septembre 2014 n° 14-70.006	PMA et adoption	oui : il s'agit de la mère qui a accouché	non	recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger par insémination artificielle avec donneur anonyme ; demande d'adoption par l'épouse de la mère	Ce recours ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant	favorable
Avis C. cass. 22 septembre 2014 n° 14-70.007	PMA et adoption	oui : il s'agit de la mère qui a accouché	non	recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger par insémination artificielle avec donneur anonyme ; demande d'adoption par l'épouse de la mère	Ce recours ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant	favorable
C. cass. Ire Civ. 13 novembre 2014 n° 13-21.018	reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise	oui par la mère qui a accouché	oui au terme d'une légitimation par mariage	A quelles conditions l'action est-elle possible si elle nécessite une exhumation ?	Il incombe à la juridiction de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'absence de mise en cause des ayants droit de celui dont l'ascendance est recherchée	plutôt défavorable
C. cass. Ire Civ. 1er avril 2015 n° 14-50.044	adoption	oui : à l'état civil malgache de la mère qui a accouché, puis de la mère adoptive française	oui : du père adoptif à l'état civil malgache	demande de transcription du jugement d'adoption plénière dans un cadre intrafamiliale concernant un enfant subissant une lourde pathologie et dont la mère utérine atteinte de troubles mentaux n'a pas consentie à l'adoption	Au regard des conditions exigées par la Convention de La Haye du 29 mai 1993, sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui ont été respectées, la violation de l'article 370-3 du code civil ne pouvait être opposée à la reconnaissance du jugement d'adoption étranger qui, ne heurtant pas l'ordre public international français, devait être transcrit	plutôt favorable

C. cass. 1re Civ. 10 juin 2015 n° 14- 20.790	Filiation	oui par la mère qui a accouché	oui par le mari de la mère (présomption de paternité)	L'action exercée par le ministère public en contestation de la filiation paternelle (art. 333, al. 2, c. civ.) peut- elle être rejetée sur le seul fondement d'une absence de fraude à la loi et d'atteinte à l'ordre public (art. 336 c. civ. et 423 c. proc. civ.) ?	dès lors que tant les conclusions des filles de celui dont l'action engagée par le ministère public tendait à établir la paternité, que celles du père de l'enfant et de celui-ci, faisaient valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention de sauvegarde, entre le droit de vouloir établir sa filiation biologique et les intérêts des héritières de celui dont la paternité était recherchée, la demande ne pouvait être rejetée sans qu'il soit répondu à ces conclusions	plutôt défavorable
Ass. Plén. 3 juillet 2015 n° 15-50.002	GPA	oui : il s'agit de la mère qui a accouché	oui : reconnaissance ante-natale	transcription en France de l'acte de naissance dressé en Russie, nonobstant l'existence d'une convention de gestation pour autrui invoquée par le parquet	la convention de gestation pour autrui ne fait pas obstacle à la transcription dès lors que l'acte de naissance n'est ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité	favorable
Ass. Plén. 3 juillet 2015 n° 14-21.323	GPA	oui : il s'agit de la mère qui a accouché	oui : reconnaissance ante-natale	refus de transcription en France de l'acte de naissance dressé en Russie, sur le fondement d'une suspicion de gestation pour autrui	le refus de transcription ne peut résulter que du constat d'un acte irrégulier, falsifié ou déclarant des faits qui ne correspondent pas à la réalité	plutôt favorable
C. cass. 1re Civ. 8 juillet 2015 n° 14-19.131	action en rectification d'acte de naissance	oui par la mère qui a accouché	oui au terme d'un acte de reconnaissance établi postérieurement au mariage de la mère	L'enfant auquel a été conféré le nom du mari de sa mère, par déclaration conjointe des époux (art. 334-5 ancien du c. civ.), peut-il solliciter la rectification de son acte de naissance lorsque sa filiation paternelle est postérieurement établie ?	C'est sans méconnaître les dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde que sa demande doit être rejetée, l'intéressé pouvant solliciter un autorisation de changement de nom suivant la procédure prévue par l'art. 61 c. civ.	plutôt favorable
C. cass. 1re Civ. 7 octobre 2015 n° 14-14.702	recherche de paternité	oui par la mère de nationalité allemande qui a accouché	non	la loi allemande, applicable en l'espèce, déclarant imprescriptible l'action en recherche de paternité doit-elle être écartée par le juge français comme contraire à l'ordre public international français ?	L'absence de délai de prescription de l'action en recherche de paternité en droit allemand, à la différence du droit français, est insuffisante, à elle seule, à caractériser une contrariété à l'ordre public international français	plutôt défavorable

C. cass. Ire Civ. 16 décembre 2015 n° 15-16.696	demande de test de paternité	oui par la mère qui a accouché	non	L'art. 16-11, al. 5 c. civ. qui impose l'engagement d'actions déterminées pour autoriser le juge à ordonner l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques est-il contraire au droit de mener une vie familiale normale et au droit au respect de la vie privée .	La question posée ne présente pas le caractère sérieux qu'exige sa transmission au Conseil constitutionnel, dès lors que la disposition contestée ne prive pas une personne de son droit d'établir un lien de filiation avec un enfant ni de contester une paternité qui pourrait lui être imputée	défavorable
C. cass. Ire Civ. 27 janvier 2016 n° 14-25.559	demande d'expertise biologique pour vérifier un lien de filiation	oui par la mère qui a accouché	oui par le mari de la mère	face au refus des services de l'état civil de lui délivrer une copie de son acte de naissance, au motif que l'identité qu'il revendique est usurpée, le requérant demande une expertise biologique pour faire preuve de sa filiation	l'expertise biologique, qui ne saurait être une expertise génétique, réglementée par l'article 16-11 du code civil, n'est pas de droit ; l'analyse souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis aux juges du fond a permis d'établir l'usurpation d'identité, notamment, en ce que la personne censée l'avoir recueilli lors de son arrivée en France, à l'âge de 15 ans, atteste avoir été trompée sur son identité ; c'est sans méconnaître les exigences des articles 6§1 et 8 de la Convention de sauvegarde qu'ils en ont déduit que le requérant ne justifiait pas de l'identité revendiquée	plutôt favorable
C. cass. Ire Civ. 16 mars 2016 n° 15- 13.427	action en établissement de paternité	oui par la mère après AMP homologue		En présence d'une assistance médicale à la procréation, l'établissement de la filiation paternelle doit-il satisfaire aux conditions des art. 311-19 et 311-20 c. civ. ?	L'établissement judiciaire d'une filiation à la suite d'une AMP sans tiers donneur obéit aux règles générales édictées par les art. 327 et suivants c. civ. ; la preuve de la paternité peut être rapportée par tous moyens ; le consentement du couple en vue d'une AMP, l'accord donné pour la congélation du sperme et les liens existants entre les gamètes données et la naissance de l'enfant ont permis de déduire la paternité	plutôt favorable

## § 2. La progression de la revendication d'un droit à l'enfant au regard des actions engagées et des décisions prononcées

L'analyse chronologique de la jurisprudence de la Cour de cassation au regard d'un « droit à l'enfant » montre une évolution de l'appréciation portée sur ce qui pourrait caractériser un « droit à l'enfant ». En jurisprudence, le mécanisme ayant conduit à asseoir juridiquement la revendication d'un droit à l'enfant puise ses racines dans des décisions antérieures à la loi du

17 mai 2013, mais un basculement peut être observé à partir de la promulgation de cette loi.

## **A. Les signes avant-coureurs**

Il est intéressant de constater que, dès 1994, la jurisprudence n'hésitait pas à porter secours au père présumé, mari de la mère, pour protéger un « droit à l'enfant » en l'autorisant à solliciter un examen comparé des sangs en dehors de toute action en contestation de reconnaissance, donnant ainsi un avantage certain à la présomption de paternité dont il bénéficie. L'argument consistant à protéger la paix des familles dominait alors. Toutefois, il ne s'agissait pas en l'occurrence de protéger un « droit à l'enfant » mais de consolider une filiation établie sur le fondement juridique de la présomption de paternité du mari de la mère. Le droit antérieur aux grandes réformes des années 1970 n'érigait pas le critère biologique en vérité absolue. La présomption *pater is* est offert, dans le mariage, un pilier filiatif suffisant pour asseoir la structure familiale dans le respect de tous.

La loi du 3 janvier 1972 ébranla l'édifice en ouvrant à la mère une action en contestation de la paternité de son mari aux fins de légitimation de l'enfant par un second mariage.

En 2008, la présomption de paternité combattue par une paternité revendiquée avant la naissance était écartée sur le fondement d'une possession d'état d'enfant légitime que la revendication de cette paternité pendant la grossesse de la mère ne permettait pas de caractériser comme paisible, sans équivoque et continue.

Concernant l'exercice de l'autorité parentale, dès 2006, le pacte civil de solidarité est venu apporter sa contribution à cette évolution en ouvrant un droit à une délégation partielle de l'autorité parentale au profit de la compagne de la mère biologique, tandis qu'en 2008 la délégation partielle de l'autorité parentale est accordée à la compagne de la mère décédée, alors même que le père des enfants disposait seul de l'exercice de cette autorité parentale.

Et c'est encore, deux ans plus tard, par le biais de la délégation d'autorité parentale qu'un véritable « droit à l'enfant » est reconnu par la cassation d'une décision ayant refusé l'exequatur sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public international français du jugement étranger partageant l'exercice de l'autorité parentale entre la mère de l'enfant et sa compagne adoptante, alors que ce refus ne peut être fondé sur le seul constat qu'au titre des effets de l'adoption, seule l'adoptante est investie de l'autorité parentale.

A cette date, en 2010, il devient possible d'évoquer un « droit à l'enfant », au sens où nous l'entendons dans ce rapport, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, étant entendu que la consécration ne peut être pour autant considérée comme acquise au vu d'une décision unique ayant à connaître au premier chef d'une question de droit international privé.

Au détour d'une question prioritaire de constitutionnalité non transmise au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a souligné, en 2011, au regard des dispositions de l'article 333 du Code civil, la recherche par l'ordonnance du 4 juillet 2005 d'un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés, précisant peu après qu'en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique.

Quelques mois plus tard, l'intérêt supérieur de l'enfant vient au secours d'une demande d'adoption plénière, alors que les reconnaissances par le père biologique puis par la mère de naissance sont intervenues de nombreux mois après la naissance de l'enfant et son placement en vue de l'adoption.

## **B. Le basculement**

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a conduit la Cour de cassation, en 2014, à prendre position sur l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère ayant recouru à une assistance médicale à la procréation par insémination artificielle avec donneur anonyme, celle-ci devant être prononcée dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant (avis 22 septembre 2014).

A partir de cette date les arrêts analysés peuvent être considérés comme favorables à un « droit à l'enfant ». Aucun des arrêts recensés ne consacre pour autant expressément l'existence d'un « droit à l'enfant ». Au contraire, le Conseil constitutionnel refuse d'en apercevoir l'expression dans les conséquences des dispositions de la loi du 17 mai 2013 sur la filiation adoptive.

Cette reconnaissance d'un « droit à l'enfant » apparaît ainsi comme l'aboutissement d'un long cheminement que les décisions d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sont venues parachever en admettant la transcription en France d'un acte de naissance étranger, dès lors qu'il n'est ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité.

Un état civil<sup>1365</sup> toujours plus fragile est ainsi venu au secours d'un droit de la filiation que la mondialisation rend de plus en plus incertain. Nul ne sait où ce principe de réalité pourra conduire et seule la loi permettrait d'apporter une clarification qui serve de façon pérenne l'intérêt supérieur de l'enfant.

---

<sup>1365</sup> Au point que des chercheurs en viennent à prétendre que ce principe n'existe pas : A.-M. Leroyer, La filiation des enfants nés par GPA au regard du droit français, in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le Monde-représentations, encadrements et pratiques*, op. cit. L'auteur rappelle que l'état civil est traditionnellement un procédé d'identification des citoyens par l'Etat et donc conçu comme un outil d'ordre public alors que la revendication actuelle tend à en faire un outil des individus pour affirmer leur propre identité subjective pour conclure (certes un peu vite et de façon peremptoire au vu de notre droit positif) que le principe d'indisponibilité est un mythe et qu'il n'existe pas, sans que soit pesées, dans l'intervention citée, les conséquences d'une telle suppression.



**PARTIE III.**

**LES CONSÉQUENCES DES ÉVOLUTIONS ANALYSÉES :  
QUEL IMPACT SUR L'ÊTRE HUMAIN, L'ENFANT, LES  
FAMILLES ET LA SOCIÉTÉ ?**

A l'heure actuelle et en l'absence de principes juridiques incontestés en la matière, sauf ceux issus de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant<sup>1366</sup> – repris en partie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>1367</sup> –, mais avec cependant des difficultés pour en rendre l'application effective dans les différents Etats signataires<sup>1368</sup>, les législateurs sont libres de favoriser et d'instituer les pratiques d'assistance médicale à la procréation, dans les limites fixées par les constitutions<sup>1369</sup> ou, à l'inverse, de les freiner et même de les interdire. En étudier les retombées et les enjeux est de nature à aider à la prise de décision en la matière.

Les pratiques de « droit à l'enfant » et les évolutions juridiques corrélatives ont un impact peu étudié<sup>1370</sup>. De grands chercheurs s'en inquiètent, toutefois, par exemple le Professeur Jacques Testart. Indéniablement, le recours à la logique techno-industrielle dans le domaine de la procréation humaine a des conséquences d'ordre anthropologique et éthique<sup>1371</sup>. Le Droit de la filiation s'en trouve nécessairement ébranlé, spécialement dans ses fondements.

A partir de quel seuil d'impact sur l'humain le Droit *doit-il* interdire ou poser des limites ? La question n'est pas nouvelle. Il y a eu des précédents dans la fabrication ou la manipulation de cobayes humains<sup>1372</sup>.

Commencer par situer le débat sur le « droit à l'enfant » dans le cadre d'une approche sociologique permet de révéler à quel point l'aspect compassionnel, émotionnel ou passionnel aveugle (Chapitre préliminaire). Or, il est absolument indispensable d'évaluer les conséquences de ces pratiques sur l'enfant, l'humain, la famille et la société.

Les retombées sont d'ores et déjà importantes d'un point de vue éthique, médical et sanitaire, sous l'angle des intérêts privés (Chapitre I). Des retombées sociétales en découlent (Chapitre II).

---

<sup>1366</sup> *Supra* pages 263 et s.

<sup>1367</sup> *Supra* pages 256 et s.

<sup>1368</sup> V. not : L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant, Colloque, Roubaix-Lille, 3 et 4 déc. 2009, *LPA* 2010, n° 200 ; A. Gouttenoire, C. Gris, M. Martinez, B. Maumont et P. Murat, La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, Commentaire article par article, *Dr. Fam.* 2009, Dossiers 13 à 52 ; *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (C. Brunetti-Pons, sous la dir. de) *RLDC*, nov. 2011.

<sup>1369</sup> Les limites constitutionnelles sont formulées sous réserve d'une interprétation dite « évolutive » permettant d'en changer le contenu, comme dans le cas de l'Espagne, v. *Supra* Partie I, Chapitre III, droit espagnol.

<sup>1370</sup> Cependant, P. Legendre, y a consacré de nombreuses réflexions et ouvrages (v. la bibliographie), cités dans ce rapport. Professeur de droit à l'Université Paris-I et directeur du laboratoire européen pour l'étude de la filiation, P. Legendre écrivait déjà en 1997 : « *On peut subvertir l'interdit, en mettant à sac la Cité, comme firent les hitlériens, ou en dévastant le système des filiations. Aujourd'hui, l'interdit a implosé, nous sommes dans une course folle* » (...) « *Peut-on prétendre, pour reprendre le vocabulaire homosexueliste américain, choisir son « genre » (ce pseudo-concept pêché dans la grammaire fait un tabac en sociologie !), masculin ou féminin ? Libérée de la loi de l'identité sexuée, la nouvelle humanité supérieure annonce non pas une société à l'abri de l'exclusion, mais des formes inédites de violence, auxquelles conduit l'amalgame entre division logique et discrimination sociale.* », Entretien avec Pierre Legendre, L'« essuie-misères », *Le monde de l'éducation*, décembre 1997, pp. 35-37 spéc. p. 36 et 37.

<sup>1371</sup> J. Testard, 4<sup>ème</sup> assises Technologos, 16-17 sept. 2016.

<sup>1372</sup> A rapprocher de l'horreur des *Lebensborn* des nazis pour produire des bébés aryens, M. Hillel, *Au nom de la race*, Paris, Fayard, 1975.

## Chapitre préliminaire. L'approche sociologique

**Un champ d'étude disputé pour des enjeux majeurs.** En passant de la sociologie de la famille à la sociologie politique, on s'aperçoit que les débats et engagements suscités à propos du lien de filiation sont parmi les plus clivant qui soient.

Même chez les scientifiques qui devraient rester les plus neutres, les passions s'enflamment. A fortiori, ceux qui ont une cause à défendre ou un pouvoir à conquérir vont s'affronter.

Pour explorer un champ aussi miné, on peut progresser en plusieurs étapes.

D'abord, des explications rivales sont proposées sur ce sujet clivant ; que ce soit en sociologie ou dans d'autres disciplines.

En particulier, la frontière habituelle entre experts et militants vole vite en éclat. On rencontre plus qu'ailleurs des rôles composites sur ces dossiers brûlants. Cela va des experts engagés aux militants qui prennent de la distance.

Nous assistons alors clairement à des conflits de valeurs irréductibles. Ils touchent en effet d'emblée le politique, le moral et le religieux.

Il importe par suite d'identifier d'une part les lobbies influents mais aussi d'autre part les oubliés dans la recherche d'un consensus.

Pour finir, il ressort de tous ces débats que quelques critères restent négligés comme celui de la généalogie, écrasé entre le tout nature et le tout culture. Un critère omniprésent s'avère en outre être le plus tabou : celui de l'argent dépensé et gagné dans ce qui devient un vaste marché de la filiation.

### Section I. Des explications rivales sur un sujet clivant

Les explications sociologiques portent sur des faits ou sur du vécu, là où les analyses juridiques portent sur le droit et les réflexions philosophiques portent sur les valeurs.

**Controverses chez les sociologues à partir de deux synthèses.** Même avec cette optique d'observer la vie quotidienne avec neutralité, les sociologues s'affrontent sur un sujet aussi clivant que celui de la parenté et de la filiation. Deux manuels récents, synthétiques, complets et rigoureux convergent pour le faire ressortir.

- Martine Segalen et Agnès Martial<sup>1373</sup> proposent une mise à jour en 2013, pour la huitième édition d'un des plus vénérables manuels de sociologie de la famille. Dans le chapitre cinq « Filiation et parentalité », elles montrent combien les analyses sociologiques s'affrontent, en particulier pour rendre compte de la filiation. Il y a des débats entre le repérage par le « sang » et celui par le « social ». Une des plus fortes tensions porte sur le néologisme de « parentalité » qui réfute l'exclusivité d'une parenté pour suggérer que de multiples personnes peuvent se

---

<sup>1373</sup> M. Ségalen et A. Martial, « Filiation et parentalité », chapitre 5, dans : *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2013, pp. 134-153.

mettre à plusieurs pour assumer à elles toutes les différentes facettes du rôle de parent (engendrer, nourrir, instruire, donner son nom, protéger, léguer). Dans la conclusion du chapitre, les auteures comparent le droit anglo-saxon qui part de cas concrets de manière jurisprudentielle et le droit français qui part de principes de manière universaliste. Dans le domaine de la filiation, les deux approches ne donnent pas les mêmes résultats.

- Philippe Charrier et Gaëlle Clavandier<sup>1374</sup> tentent d'innover, la même année 2013, en prenant l'angle d'une sociologie de la naissance. Il s'agit de prendre acte du fait que l'enfant doit prendre la place centrale dans l'analyse, puisqu'il est devenu le seul repère fixe par sa naissance. Le point de départ est alors la mise au monde qui entérine un engendrement et pose immédiatement le problème de l'accueil du nouveau-né. Ce changement de point de vue ne rend pas moins vive la restitution des controverses sur le sujet. Qu'on parte des parents ou de l'enfant, les débats sont toujours aussi tendus. Le combat d'Irène Théry est par exemple qualifié ainsi (p 223) : « *l'expert monte sur le ring et publicise son discours* ». L'analyse se transforme en effet souvent en pugilat. Les auteurs dressent à leur tour une carte des oppositions entre théories proposées.

**Controverses au sein de toutes les disciplines.** Ces controverses ne sont pas l'apanage des sociologues. On retrouve en fait ces clivages dans chaque segment d'expertise ou de réflexion : entre médecins, entre anthropologues, entre psychanalystes, entre philosophes, entre féministes, entre juristes. Cela est particulièrement bien restitué dans les ouvrages de :

- Cécile Ensellem qui reconstitue les débats avant adoption de la loi de 2002<sup>1375</sup> ;
- Dominique Mehl qui retrace les oppositions lors de la révision, à son sens trop modeste, des lois de bioéthique en 2010<sup>1376</sup>.

Pour prendre un exemple emblématique : Sylviane Agacinski n'est pas sur la même ligne qu'Elisabeth Badinter. Les deux ont beau être non seulement philosophes mais aussi féministes et progressistes, elles se retrouvent radicalement en opposition sur des sujets brûlants comme celui de la GPA.

Chez les politiques, ces sujets créent aussi des divisions, y compris au sein de chaque parti : la droite, la gauche, les verts, etc. Chez les républicains, Nadine Morano n'est pas du même point de vue que Jean Léonetti. Au PS, Lionel Jospin ou Martine Aubry s'opposent à Aurélie Filipetti ou à Najat Vallaud-Belkacem.

**Vers des alliances inattendues.** Au résultat, cela donne des alliances inattendues, tant intellectuelles que politiques. Des personnes se retrouvent dans un même camp pour des raisons très éloignées. La politique catholique Christine Boutin se retrouvera à défendre le même point de vue que la philosophe féministe Sylviane Agacinski sur la GPA. Le républicain Benoît Aparu vote avec les socialistes à propos de la loi sur le mariage pour tous en 2013 ; Bruno Lemaire ou Nathalie Kosciusko-Morizet, républicains également, eux, s'abstiennent.

Les sources de tension sont multiples : entre nature et culture, entre principes idéaux et compromis pragmatiques. Au résultat, il est particulièrement difficile de rester neutre, même lorsque l'on efforce d'observer l'ensemble de manière impartiale.

---

<sup>1374</sup> P. Charrier et G. Clavandier, « Du projet parental au droit à l'enfant ? », chapitre 8, dans : *Sociologie de la naissance*, Armand Colin, 2013, pp. 216-238.

<sup>1375</sup> C. Ensellem, *op. cit.*

<sup>1376</sup> D. Mehl, *op. cit.*

## Section II. Entre experts et militants

Pour en rester à la sociologie, les tensions sont telles qu'elles rendent vite composite le rôle des spécialistes. Lorsque la rédaction des éditions Sciences Humaines réunit quelques experts parmi les plus en vue sur ces sujets<sup>1377</sup>, il est flagrant de constater ces dérives. Certains se contentent certes de livrer un état de la question à traiter. Mais beaucoup basculent vite dans un plaidoyer pour telle cause, dans un catalogue de revendications à émettre, dans une liste de réformes à mener<sup>1378</sup>.

Il faut reconnaître que les thèmes sont brûlants. Les trois dossiers qui sont sur le haut de la pile dans l'agenda immédiat portent sur : 1) les possibilités ouvertes aux homosexuels de devenir parents ; 2) les possibilités offertes à tout enfant d'avoir accès à ses origines ; 3) la gestation pour autrui.

**La sociologie comme sport de combat.** Sur de tels sujets, quelques sociologues font véritablement de leur discipline un « sport de combat », pour reprendre l'expression célèbre de Pierre Bourdieu. Prenons trois exemples récents.

- Avant la loi de 2013, on trouve une contribution collective très prosélyte, issue d'un séminaire à l'EHESS<sup>1379</sup>. Il s'agit de la « mise en forme d'une controverse » avec l'Union Nationale des Associations Familiales (UNAF), jugée trop réservée. L'UNAF émet deux réserves en octobre 2012 : 1) sur l'importance des repères masculins et féminins pour un enfant ; 2) sur l'accès aux origines. Le collectif de huit experts réfute alors ce rapport en faisant l'apologie : du bonheur d'avoir plein de parents, de la nécessité d'ouvrir le droit à l'AMP aux couples de femmes, de la GPA « éthique » qui est pratiquée aux USA, de la transparence qui s'établira néanmoins à propos des origines de l'enfant, etc.

- Après la loi de 2013, un point est proposé pour aller plus loin et continuer le combat<sup>1380</sup>. En première partie, Claire Neirinck, juriste, établit une synthèse précise et technique. En seconde partie, Martine Gross, sociologue, se lance dans un plaidoyer des plus militants et offensifs. Précisons que c'est son droit le plus strict. Il convient seulement de souligner que cela n'a plus rien à voir avec la sociologie comme science. Il n'est plus question ici de présenter des résultats solides ou d'effectuer un tri entre eux. Il y a juste l'argumentaire le plus efficace possible en faveur de la cause LGBT, au demeurant très respectable. Ce texte constitue une sorte de sommet rhétorique. Le chapitre 2 sur l'anonymat, l'AMP et la GPA surpassant encore les autres dans l'engagement le plus prosélyte.

- En 2016, la « prochaine étape du combat » est clairement désignée : il s'agit d'établir la « filiation pour tous »<sup>1381</sup>. Irène Théry, l'experte de référence dans ce combat, va encore plus loin que le politique le plus engagé, Erwann Binet, qui fait au même moment un bilan de « la

---

<sup>1377</sup> V. Bedin et M. Fournier (dir.), *op. cit.*

<sup>1378</sup> C'est particulièrement manifeste dans les cas d'Irène Théry, bien sûr, mais aussi d'Agnès Fine ou de Benoît Bastard. On trouve plus de prudence scientifique chez Agnès Martial, Dominique Mehl et Gérard Neyrand, dans leurs contributions à cet ouvrage de vulgarisation par ailleurs très intéressant.

<sup>1379</sup> I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Editions de l'EHESS, « Cas de figure », 2013.

<sup>1380</sup> M. Gross et C. Neirinck, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, La Documentation française, « Place au débat », 2014.

<sup>1381</sup> I. Théry, *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Seuil-La République des idées, 2016.

bataille du mariage pour tous ». Peut-être est-elle stimulée par le film que son fils Mathias vient de réaliser sur son combat<sup>1382</sup>.

**Le militantisme comme occasion de faire de la sociologie.** Curieusement, alors que certains experts en vue s'avèrent très engagés, certains militants prennent parfois du recul et livrent des descriptions somme toute précises et assez fiables. Ainsi, Sylvie et Dominique Mennesson sont connus pour avoir été à la pointe du combat en faveur de la GPA en France. Dans un premier livre, ils racontent comment ils ont eu leurs jumelles en Californie de cette manière et comment l'Etat français refuse ensuite d'inscrire les enfants dans l'Etat civil, faisant des deux bébés des jeunes « sans-papiers ». Dans un second livre, ils décrivent les coulisses du lobbying pro-GPA, avec ses réseaux, ses techniques d'actions, ses alliés et ses adversaires. Le tout est analysé avec une précision digne des meilleurs enquêteurs en sociologie<sup>1383</sup>.

### Section III. Vers des conflits de valeurs, en politique, en éthique et en religion

Ces débats sur les façons de vivre et sur les règles à instaurer renvoient tous à des questions de principe et, souvent, à de profonds conflits de valeurs. Cela explique alors que les positions se polarisent et que les consensus soient introuvables.

**La théorie du genre en arrière-fond.** Très vite, la question du couple et de la différence sexuée se cristallise sur la « théorie du genre »<sup>1384</sup>. En effet, les revendications du type : « homme ou femme si je veux, avec qui je veux » entrent en résonance avec les revendications : « stérile si je veux » ou « féconde même si je ne peux pas »<sup>1385</sup>.

**Les convictions religieuses avec un poids particulier.** Très vite aussi, la question des enfants, de leur naissance et de leur filiation va toucher à des conceptions humanistes, voire à des convictions religieuses. Un spécialiste du catholicisme fait remarquer avec humour que faire lire Irène Théry à des évêques réunis en synode sur la famille, c'est comme faire entendre du rap à des gens qui n'écoutent que Mozart<sup>1386</sup>. Plus sérieusement, l'Eglise catholique, pour reprendre son exemple, propose aux familles qui souhaitent l'entendre une série de critères de discernement<sup>1387</sup>. Sont en cause, par ordre de gravité croissante : 1) la complémentarité sexuelle entre hommes et femmes, 2) le recours à une tierce personne pour procréer, 3) le traitement de la vie et de la mort de l'enfant né ou à naître. Quand on remonte ainsi aux valeurs, on comprend mieux les prises de position. Ici, on trouve avec ces critères graduels : 1) une relative empathie

---

<sup>1382</sup> M. Théry et E. Chaillou, *La sociologue et l'ourson*, film, 2016.

<sup>1383</sup> S. et D. Mennesson, *La gestation pour autrui. L'improbable débat*, Michalon, 2010.

<sup>1384</sup> Dont les enjeux sont bien présentés par : B. Levet, *La théorie du genre ou le monde rêvé des anges. L'identité sexuée comme malédiction*, Grasset, 2014.

<sup>1385</sup> En définitive, toutes ces revendications convergent vers un monde où les adultes sont des individus asexués et où les enfants sont fabriqués.

<sup>1386</sup> A. Paul, « L'Evangile de la famille... irréaliste », chapitre 1, dans : *La « famille chrétienne » n'existe pas. L'Eglise au défi de la société réelle*, Albin Michel, 2015, pp. 13-52.

<sup>1387</sup> F. Niessen, « Quand l'enfant se fait attendre. L'assistance médicale à la procréation », chapitre 6, dans : F. Niessen et O. de Dinechin, *Repères chrétiens en bioéthique. La vie humaine du début à la fin*, Salvator, 2015, pp. 167-202.

pour les homosexuels ; 2) une opposition résolue à la GPA ; 3) une focalisation prioritaire sur le problème occulté des embryons congelés, surnuméraires, orphelins, puis détruits ou livrés à la recherche à quoi aboutissent certaines techniques d'AMP. Tous ces débats entraînent une mobilisation mais aussi des tensions au sein du catholicisme<sup>1388</sup>. Le cas des autres religions serait bien sûr à étudier de près.

## § 1. Lobbies et oubliés dans la recherche d'un consensus

**Les lobbies mis en avant.** En définitive, les travaux sociologiques portent sur presque toutes les parties prenantes.

- Il y a eu d'abord l'étude du binôme des parents infertiles et des médecins innovants<sup>1389</sup>.
- Il y a désormais l'analyse de l'intervention du politique, de l'action des lobbies et des relais médiatiques.

**Les oubliés de la recherche.** La seule catégorie qui n'est toujours pas bien étudiée, c'est celle des enfants nés dans ces nouvelles conditions. Il y a quelques témoignages isolés<sup>1390</sup>. Ils se multiplient sur Internet. Nul doute que des sociologues vont finir par en faire un thème d'enquête. Après tout, Amandine, premier « bébé éprouvette » en France, née en 1982, est désormais une vénérable mère de famille.

Certains témoignages font état de chemins difficiles, dus à la tension entre repères trop pluriels ou dus à l'incertitude d'accès aux origines.

## § 2. De quelques critères négligés ou occultés

**Deux critères forts et antagonistes : biologie ou volonté.** Il est devenu usuel de considérer que la parenté comporte trois dimensions : biologique, domestique et généalogique<sup>1391</sup>. Force est de constater que les débats sont souvent tiraillés entre les deux premiers critères : parent de sang ou parent d'intention, celui des gènes ou celui du projet volontariste.

Or, entre « l'empire du ventre » et le « désir d'enfant », les travaux sociologiques négligent souvent la troisième voie pour établir une filiation. Cette voie, c'est celle de la généalogie. Entre code génétique et fonctions nourricières, on trouve alors la capacité à donner un nom, une identité, une lignée d'ancêtres. Il n'y a qu'à voir les problèmes d'état-civil que posent les enfants obtenus en contournant l'interdiction de la GPA pour avoir un premier aperçu des difficultés. Au-delà de l'AMP, dans un contexte international de guerres et de migrations intenses, l'UNICEF estime par ailleurs à près de 230 millions les enfants qui n'ont pas d'identité légale en 2015 dans le monde. En France, ils seraient plusieurs centaines.

---

<sup>1388</sup> C. Béraud et P. Portier, *Métamorphoses catholiques. Acteurs, enjeux et mobilisations depuis le mariage pour tous*, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2015.

<sup>1389</sup> On peut décliner ce binôme initial parents infertiles-médecins innovants en reprenant, « Le poids de la terminologie », chapitre préliminaire, du *présent rapport*. Cela peut aller jusqu'à la GPA où un homme apporte son sperme (A) et une femme apporte son ovocyte (B), tandis qu'une gestatrice porte l'embryon ainsi conçu (C) et qu'une quatrième entité, personne ou couple (D) a l'intention d'élever dès sa naissance l'enfant (E) ainsi engendré ; avec l'assistance de médecins (F), hôpitaux (H) et intermédiaires (I), constitués parfois en véritables filières.

<sup>1390</sup> A. Kermalvezen, *Né de spermatozoïde inconnu*, Presses de la Renaissance, 2008.

<sup>1391</sup> F. Weber, *op. cit.*

**Le troisième critère plus négligé : la généalogie.** Les rares enquêtes qui explorent un peu ce critère de la généalogie portent sur le rôle des grands-parents et sur « l'esprit de famille »<sup>1392</sup>. On trouve la thèse qu'au-delà d'un code génétique ou d'un projet parental, un enfant s'inscrit dans une histoire dont il aura besoin de connaître le récit. On ne peut pas impunément le priver de son arbre généalogique, autrement dit de ses racines. Lui refuser cet héritage symbolique, c'est le priver de ressources essentielles pour se construire. Pragmatiques, les sociologues font aussi ressortir les trésors d'entraides qui s'installent entre générations, dans tous les sens d'ailleurs. Les enfants éduqués dans leur jeunesse, aident leurs parents dans leur vieillesse, surtout à une époque où les comptes de l'Etat providence voient leur situation se dégrader. Avec l'allongement de l'espérance de vie, le rôle de grands-parents plus longtemps en forme s'avère souvent décisif. Dans ce contexte, tout bricolage en matière de filiation risque alors de faire des ravages, s'il prive un enfant de tout ce potentiel d'ancrage, de protection et d'éducation.

Dans un livre important sur le « souvenir des morts », Jean-Hugues Déchaux montre bien d'ailleurs comment les représentations évoluent dans ce domaine, tout en restant essentielles<sup>1393</sup>. Là encore, l'homme ou la femme moderne a eu tendance à transformer les choses.

- Avant, on cultivait le souvenir de ses ancêtres pour garder en mémoire ce qu'on leur devait et pour se montrer à la hauteur de ce qu'ils avaient légué. On se conformait au maximum à une tradition.

- Désormais, on préfère projeter sur ses ancêtres ce que l'on veut soi-même devenir. On souhaite exercer sa liberté sans se laisser enfermer par un héritage dans la lignée duquel il faudrait s'inscrire. Pour un peu, on choisit les ancêtres qui nous plaisent le plus. On sélectionne dans leurs parcours les facettes qui nous inspirent le mieux.

Bref, c'est le descendant qui décide d'établir des affinités électives au sein de son arbre généalogique. Il est désormais loin de subir l'influence pesante de ses ascendants.

Même avec cette inversion de perspective, peut-être encore plus avec elle, chacun quête avec anxiété ses racines dans un monde agité. De ce fait, priver quelqu'un de la possibilité de remonter ce lignage, c'est lui ôter la source même de construction de son identité.

On trouvera certes plus d'historiens ou de généalogistes que de sociologues dans ces domaines<sup>1394</sup>.

La loi de 2002 qui autorise à porter, au choix, le nom de sa mère ou le nom de son père ne fait par exemple l'objet que de peu d'analyses méthodiques chez les sociologues<sup>1395</sup>. Plus d'une décennie après, on s'aperçoit pourtant que très peu de gens utilisent cette nouvelle possibilité de choix. Ils en restent presque toujours au nom du père.

**Un critère omniprésent mais occulté : l'argent.** Si le critère de la généalogie est négligé, il y a un critère ultime qui est, lui, délibérément occulté : c'est celui du coût. Il est difficile de savoir

---

<sup>1392</sup> C. Attias-Donfut, N. Lapiere et M. Ségalen, *Le nouvel esprit de famille*, Editions Odile Jacob, 2002.

<sup>1393</sup> J.-H. Déchaux, *Le souvenir des morts. Essai sur le lien de filiation*, PUF, « Le lien social », 1997.

<sup>1394</sup> M. Provence, *Enfants abandonnés, enfants sans père. Comment retrouver la filiation ?* Editions Archives et Culture, 2015.

<sup>1395</sup> B. Zarka, La transmission du nom : identité et dualité, *Esprit*, n° 282, février 2002, pp. 84-105.



exactement ce que coûte une fécondation in vitro. Des ordres de grandeur circulent pour indiquer les fourchettes de prix d'une GPA dans les pays où cette pratique est autorisée<sup>1396</sup>.

Quant au marché global que ces techniques représentent, on sait seulement qu'il s'agit d'une activité ample et très lucrative. « La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bio-économie », comme l'indique le sous-titre du livre de Céline Lafontaine<sup>1397</sup>, reste un sujet tabou, y compris dans son volet assez valorisé de l'AMP. La sociologue canadienne a certes un propos plus vaste. Elle montre comment la mise en circulation non seulement de spermatozoïdes ou d'ovocytes, voire d'embryons mais plus généralement de cellules, de tissus humains conduit à un « corps-marché ». L'appel au don façonne une vitrine en apparence généreuse à une industrie motivée par l'appropriation, le brevetage et la commercialisation. Dans cette chaîne, les corps les plus démunis sont exploités. Ils deviennent autant de ressources pour des essais cliniques, la fourniture de pièces détachées ou la location dans le cas de la GPA. On le voit, ce n'est plus seulement la force de travail mais la vie elle-même qui devient source de productivité.

Il faudrait presque des sociologues marxistes pour étudier cette industrie. Il conviendrait alors d'analyser les conditions matérielles de production et d'exploitation, au stade historique de cette transhumanité qui se conçoit largement en laboratoire. Nous sommes au-delà de l'AMP qui devient un simple volet de cette bio-économie. Dans une telle industrie, les rôles se cumulent : le patient est aussi cobaye, le proche est aussi donneur, le législateur est souvent médecin, le clinicien est aussi un chercheur. Les circuits s'allongent : comme dans le cas de cette gestatrice, fécondée avec des ovocytes ukrainiens, dans une clinique chypriote, pour le compte de gays parisiens. Dans les annonces de recrutement, le meilleur profil de « mère » porteuse devient celui d'une épouse de soldat, déjà chargée d'une famille plutôt nombreuse, dont le mari est envoyé en opérations lointaines pendant au moins neuf mois<sup>1398</sup>.

Des esprits pourtant progressistes s'inquiètent déjà depuis un moment de ces évolutions. En 2001, le penseur Jürgen Habermas va jusqu'à évoquer un risque d'« eugénisme libéral »<sup>1399</sup>. Il est devenu tellement facile de modeler l'humain par la technique que la tentation est grande de pratiquer des tris. Il ne s'agit plus du tri monstrueux qui a conduit à éliminer une collectivité décrétée indésirable. Il s'agit d'un tri présenté comme positif qui conduit à favoriser les individus performants désirés. L'apparente douceur de cette tendance ne doit pas masquer son potentiel despotique.

En attendant, pour se recentrer sur les enfants, des bio-médecins progressent sur le clonage ou sur l'utérus artificiel. Ce dernier cas constitue le chaînon manquant entre le bébé conçu en

---

<sup>1396</sup> J. Testart, *Faire des enfants demain*, Seuil, 2014, pp. 42-43, indique que le coût d'une fivète est de 4 000 € en France, quatre essais étant remboursés par la Sécurité sociale. Une mère porteuse aux Etats-Unis peut coûter jusqu'à 100 000 \$. Elle recevra alors environ 50 000 \$. Alors qu'une indienne ne recevra pour cela que 5 000 \$. Une agence ukrainienne fait une « réduction de printemps » en proposant des ovocytes « Paquet succès garanti » pour 9 900 € au lieu de 12 000 €. Le Professeur Testart, pionnier de l'AMP en France (Les journalistes l'avaient baptisé « père » du premier « bébé-éprouvette » !), s'inquiète alors de ces dérives. Réaliste, il conclut que c'est moins une limite technique ou éthique qui peut faire décroître tout cela qu'une limite économique. A un moment, le modèle n'est plus soutenable financièrement.

<sup>1397</sup> C. Lafontaine, *Le corps-marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bio-économie*, Seuil, « La couleur des idées », 2014.

<sup>1398</sup> B. Pulman, *op. cit.* Le sociologue signale au passage qu'on ne va pas pour autant vers l'enfant dit « parfait », croisement d'un prix Nobel et d'une championne olympique ou l'inverse. Des couples infertiles de sourds tiennent ainsi beaucoup à obtenir un enfant lui-même sourd qui pourra mieux les comprendre.

<sup>1399</sup> J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, 2001, tr. fr. Gallimard, 2002, « Tel » n°412, 2015.

éprouvette et le prématuré mis en couveuse pour la fin de sa gestation. Si une machine remplace totalement le ventre d'une mère, fut-elle « porteuse », une femme pourrait faire l'économie de neuf mois de grossesse et un individu pourrait se préparer une mono parenté ou envisager de combiner plein de parentés plurielles.

La seule certitude pour l'instant est que la recherche avance. Elle s'accompagne de belles perspectives financières. Les retombées s'annoncent lucratives pour nombre de professions des secteurs de la biologie et de la médecine. Ne négligeons pas non plus les chiffres d'affaires escomptés au sein de maintes professions judiciaires ou de la psychologie. Les contentieux en droit de la famille et les souffrances en thérapie familiale enrichissent nombre d'avocats ou de psychologues. Entre une industrie bioéconomique qui fabrique et des accompagnants qui réparent souffrances ou litiges, nous atteignons ici la face cachée du phénomène. Dans ces coulisses obscures, peu de sociologues osent s'aventurer.

**Relativisme dans les mœurs et progrès des lois ?** Certains considèrent que ce qui est technologiquement possible est toujours socialement adopté et sera juridiquement autorisé. En les écoutant, on se prend à verser dans un certain fatalisme. Il est inutile d'entraver la course aux techniques d'AMP. Surtout quand l'offre est relayée par une demande aussi forte que celle du « désir » d'être parent.

D'autres pourtant indiquent que rien n'est jamais inéluctable dans le domaine moral et politique. Des domaines très lucratifs, avantageant des lobbies puissants, finissent quand même par décliner. Cela arrive d'autant plus vite que leurs effets pervers suscitent une réprobation généralisée, en particulier de la part de nombreux « spectateurs impartiaux »<sup>1400</sup>. Dans cette optique, le point de repère incontournable reste l'enfant.

Le relativisme moral des premiers ne manque pas d'arguments pour prétendre que tout ce qui est possible devient de ce fait souhaitable.

Les seconds rappellent qu'il y a quelques universaux humains et qu'il convient de ne pas les transgresser. Surtout quand ils concernent la vie, la mort et les générations à venir.

## Chapitre I. Les retombées des pratiques recensées

Les pratiques d'assistance médicale à la procréation et de gestation pour le compte d'autrui sont récentes. Pourtant, des retombées d'ores et déjà importantes peuvent être observées d'un point de vue éthique, médical, juridique et sanitaire (Section III). Une approche empirique permet en amont de mettre en évidence des facteurs de risque importants (Section II). L'impact de ces évolutions sur la construction psychique des enfants est plus délicat à mettre en évidence mais cependant non négligeable (Section I).

---

<sup>1400</sup> R. Boudon, *Croire et savoir. Penser le politique, le moral et le religieux*, PUF, « Quadrige », 2012.

## Section I. Les retombées au regard des liens entre la filiation juridique et la construction psychique de l'identité chez l'enfant

*Interview de Pierre Lévy-Soussan<sup>1401</sup>*

Presque tous les auteurs s'accordent pour affirmer qu'il s'agit d'un enjeu primordial dans la pesée des intérêts en la matière : l'avenir psychologique de l'enfant<sup>1402</sup>. Or, il est possible de tirer aujourd'hui des conclusions sérieuses de l'application, aux cas recensés<sup>1403</sup>, de ce qui est connu, en matière de psychiatrie, de la logique filiative.

Des lois, des pratiques, des décisions ont été recensées et analysées<sup>1404</sup>. Quelle est leur incidence sur la construction de l'identité des enfants sous l'angle de la logique filiative ?

Les fondations filiatives permettant à un enfant de se construire sont-elles suffisantes dans les situations de « droit à l'enfant » ? Nos lois permettent-elles de désamorcer la violence des rapports intrafamiliaux par des limites propres à chaque place à travers la différence des sexes, des générations et de la mort du vivant ?

### § 1. Les considérations générales

La science arrive aujourd'hui à fabriquer l'enfant, mais la science ne peut pas fabriquer la filiation. Le droit le peut-il ? En a-t-il le pouvoir, comme il le souhaite aujourd'hui, par occultation des enjeux symboliques et psychiques de la norme ? Les juristes seraient bien prétentieux de le prétendre. Il est donc important que le législateur écoute aussi le psychiatre<sup>1405</sup> et tienne compte, dans l'élaboration normative, des enjeux psychiques de la norme.

#### A. L'AMP « sociétale »

Jusqu'à présent, le cadre juridique et médical entourant l'assistance médicale à la procréation est centré sur l'aide à la procréation pour un couple infertile, médicalement. Cette technique, ayant amené à la création des CECOS dans les années 1970, a, pour la première fois, permis la procréation au sein d'un laboratoire avant réimplantation dans l'utérus de la femme. Pour la première fois, le lien entre rapports sexuels et implantation d'un embryon pouvait être dissocié à la fois sur le plan temporel et sur le plan biologique. De plus, les gamètes mâles pouvaient être issues d'un don de gamète, donc extérieures au couple.

---

<sup>1401</sup> Nous avons cherché à reprendre mot pour mot ce qui est ressorti de nos séances de travail.

<sup>1402</sup> J.-F. Mattéi, *Des dilemmes éthiques au cœur des pratiques médicales*, *loc. cit.*

<sup>1403</sup> *Supra*, pages 106 et s.

<sup>1404</sup> Partie I et II du rapport.

<sup>1405</sup> Outre cette section, V. aussi *L'enfant oublié*, éd. du Cerf, *op. cit.*, première partie.

La législation bioéthique<sup>1406</sup> a accompagné le processus médical. L'anonymat propre au don d'assistance médicale à la procréation représente un facteur rendant plus facile l'appropriation psychique du matériel biologique<sup>1407</sup> afin de faire « comme si »<sup>1408</sup> il venait du couple.

Pour autant, la construction psychique de l'enfant conçu dans un contexte aussi médicalisé ne va pas de soi<sup>1409</sup>. Cette technique très médicale doit être corrélative d'une forte dimension psychique propre au couple afin que l'enfant ne soit pas considéré comme « un enfant de la science » mais bien comme un enfant du couple.

Il est donc important d'éviter tous les facteurs qui s'ajouteraient à cette première complication pour l'enfant. Une réassociation symbolique de tous les éléments épars de sa filiation est la condition essentielle de la mise en place d'une origine psychique au sein du couple par l'enfant.

Dans la majorité des cas, le couple et l'enfant arrivent à dépasser la dimension biologique et médicale de cette filiation mais, parfois, la construction de la place de fils ou de fille, de mère ou de père, est en défaut. En particulier, lorsque le « biologique » domine l'imaginaire en situant hors de la famille les origines de l'enfant. Dans ce cas, l'absence de « familiarisation » de l'embryon retentira sur l'enfant, toujours ramené par chacun à un « matériel biologique » étranger au couple.

Cette vulnérabilité s'évalue en partie par le nombre de demandes formées auprès des CECOS en vue d'une levée de l'anonymat pour connaître « le père biologique » de l'enfant.

Le retentissement de cette modalité de conception sur l'enfant et sur ses parents peut être problématique même lorsque l'AMP est dite endogène, c'est-à-dire réalisée avec le matériel génétique du couple. Cela nous montre que, même avec un lien génétique avec l'enfant et un accouchement au sein du couple, le travail de réassociation de la scène de procréation effectuée dans un laboratoire ne va pas de soi, comme l'ensemble du parcours médical qui met parfois à mal le couple infertile.

Ainsi, l'ouverture dite « sociétale » revendiquée actuellement par les associations est toujours à l'étude<sup>1410</sup> par le Comité consultatif national d'éthique (CCNE<sup>1411</sup>). En revanche, l'agence de biomédecine a d'ores et déjà étudié la question. L'Agence avait été saisie du sujet suivant :

---

<sup>1406</sup> V. *Supra* pages 19 et s.

<sup>1407</sup> P. Lévy-Soussan, *Eloge du secret*, éd. Fayard 2010.

<sup>1408</sup> *Ibidem*. « La parole intime est devenue publique, partagée par tous, fétichisée, parée de vertus thérapeutiques et rédemptrices ». Le docteur Lévy-Soussan l'observe : Combien de familles viennent en consultation pour « tout dire » à leur enfant, sur leur vie intime, sexuelle. C'est de cette façon que le public et certains « psys » semblent avoir compris, à tort, la formule de Françoise Dolto : « un enfant est un être de langage », en rajoutant « il faut donc tout lui dire et tout le temps ». Le livre (*Eloge du secret*) envisage la disparition dans notre société de l'espace du secret comme la perte de l'intime. Il évoque les dimensions plus inconscientes du secret, et son rôle essentiel dans l'équilibre de la vie psychique des individus.

<sup>1409</sup> En outre, en cas de don, interfère un questionnement sous l'angle de la solidarité nationale : celui qui donne son sperme, accepte-t-il que son sperme soit donné pour un célibataire ou un couple de femmes. Cela soulève la question de la solidarité nationale et de la dimension économique du sujet. Par exemple, la possibilité d'une insémination des célibataires qui a été ouverte dans les années 1980 en Israël a confronté les CECOS à une demande de 75 à 80 % de dons de sperme en Israël au profit de femmes seules.

<sup>1410</sup> Le Président Hollande a saisi le CCNE de ces revendications ; le 17 novembre 2016 et après que la composition du CCNE ait sensiblement été modifiée, le Président François Hollande a désigné son candidat à la présidence du CCNE : J.-F. Delfraissy, actuel directeur de l'Agence nationale de recherche sur le sida et les hépatites virales.

<sup>1411</sup> Créé en 1983, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est une autorité administrative indépendante (AAI), dont la mission est de « donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé ».

« l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux célibataires » (v. rapport<sup>1412</sup>). L'Agence de biomédecine se montre réservée face à la légalisation de techniques permettant d'accéder à une modalité filiative sans infertilité médicalement constatée, et en l'absence d'un couple homme-femme.

Par rapport à l'enfant, se pose le problème d'une origine à partir d'un « droit à l'enfant » revendiqué dans le champ social et non d'un désir de couple qu'une pathologie empêche de concevoir. Aux difficultés de réassociation propres aux assistances médicales à la procréation s'ajouteraient des obstacles, importants, à la fondation filiative de l'enfant en raison d'une idéologie sous forme d'un « droit à », mise à la place d'un désir d'enfant.

D'un point de vue juridique, la question de l'intérêt de l'enfant se situe donc au centre des réflexions à venir. Toutefois, comme jusqu'à présent c'est au nom de l'intérêt de l'enfant que les atteintes à l'enfant se sont développées, peut-être faudrait-il, pour en montrer l'absurdité, supprimer toute référence à l'intérêt de l'enfant<sup>1413</sup>, ou bien réellement le définir sur un plan psychique et développemental par rapport à ses besoins fondamentaux.

## **B. L'importance particulière de la loi en présence d'une dissociation entre le biologique et la filiation revendiquée**

Dans le contexte d'une AMP « sociétale », autrement dit de dons d'ovocytes, de sperme, d'embryons en dehors d'une indication d'infertilité (femmes seules ou couples de personnes de même sexe), grande est la tentation de raisonner en analysant uniquement les faits (selon une perspective sociologique, anthropologique). Dès lors, l'argument expliquant qu'une société sans père, sans mari, ou avec des enfants élevés par des hommes ou bien par des femmes s'observent « déjà et cela *prouverait que cela peut se faire sous nos latitudes*<sup>1414</sup> » est absurde, tant est qu'il soit opportun de vouloir ériger en modèles des cas rarissimes et encadrés par tout un appareillage mythologique, puis ritualisés par des coutumes inscrites spécifiquement dans la culture en cause. C'est comme si l'on voulait importer une plante rare tropicale ne poussant que sous un certain climat en pensant qu'elle aurait toutes les chances de pousser chez nous alors qu'elle serait condamnée sous nos climats. Cette vision ignore l'enracinement conscient et inconscient de tous les montages familiaux, dans une mythologie organisant chaque culture, chaque montage filiatif en vue d'un équilibre social dépassant chaque individu<sup>1415</sup>. En outre, même à l'échelle du monde, il existe des invariants que Claude Lévi-Strauss qualifiait d'universels, à la fois dans l'espace et, à son époque, dans le temps, dont la différence des sexes pour le montage familial.

D'où l'importance du normatif, face immergée du culturel, bien visible, pour la construction psychique d'un enfant. D'ores et déjà, dans le passé, cette dimension symbolique de la norme a été occultée, mais dans une moindre mesure. Par exemple, la multiplication des enfants élevés

---

<sup>1412</sup> Avis du Conseil d'orientation de l'Agence de biomédecine du 18 avril 2013. Lien du net avec le rapport de l'agence de biomédecine : [https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/deliberation2013\\_co\\_13.pdf](https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/deliberation2013_co_13.pdf)

<sup>1413</sup> P. Lévy-Soussan, Enjeux psychologiques des filiations actuelles : en finir avec l'intérêt de l'enfant ?, *loc. cit.* Outre l'argument consistant à tenir compte des besoins de l'enfant, il est relevé par l'Agence de biomédecine qu'un tel bouleversement de la conception médicale des AMP ferait rentrer la place du médecin dans un rôle de prestataire de services et non plus de soignant d'un couple infertile, rapp. *infra* pages 361 et s.

<sup>1414</sup> M. Godelier, *Les métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004.

<sup>1415</sup> P. Lévy-Soussan, Filiation, sexualité et construction psychique, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 86.

par un seul parent et l'adoption possible pour les célibataires ont accrédité l'idée qu'un enfant pourrait se passer d'un père ou d'une mère, alors même que très vite les études réalisées démontraient la vulnérabilité des enfants dans les situations de parent seul en général ou dans l'adoption<sup>1416</sup>. Avec quelles responsabilités ?

Le cheminement psychique pour l'enfant (réassocier psychiquement cette procréation) n'est jamais sans risque chez tous les enfants issus d'AMP ou d'adoption, où l'on retrouve dans la première les dissociations sur le plan temporel, biologique, sexuel de ses origines et dans la seconde une dissociation sur les naissances extérieures au couple. ***L'une des réussites de ce processus complexe réside dans la fiabilité du pilier juridique sur lequel repose ces filiations (adoptives et AMP), où la présence de la moindre transgression juridique dans le cheminement vers l'enfant fragilise les fondations psychiques de l'enfant.***

Les revendications actuelles vont encore beaucoup plus loin puisqu'il s'agit d'imposer à l'enfant une filiation « impossible », impensable. Or, la fondation filiative à partir de laquelle l'enfant peut construire son identité est la scène d'engendrement symbolique, sorte de « scène primitive » à partir de ses parents qui lui permet de réassocier tout ce que le biologique a pu dissocier.

### **C. Le dénominateur commun du symbolique et du psychique : la scène d'engendrement et la différenciation de la maternalité et de la paternalité**

***Pour tous les enfants la filiation psychique s'acquiert : elle doit se construire jour après jour. Il arrive qu'elle ne puisse se faire, mais autre chose consiste à instituer légalement une filiation juridique qui empêche d'emblée que la filiation psychique se fasse. Le législateur a le devoir de créer des modèles familiaux propices au bon développement de l'enfant, en l'occurrence à sa construction psychique.***

Parfois, l'enfant puis l'adolescent, voire l'adulte trop fragilement construit, va s'« originer » ailleurs : dans le réel du biologique pour les enfants adoptés ou issus d'une AMP... quête de soi devient quête de « qui m'a conçu ? » : impasse filiative véritable quand le réel est convoqué en lieu et place de l'imaginaire et de la fiction du symbolique. Quand ce n'est pas vers d'autres refondations mystiques, religieuses, idéologiques voire fanatiques : recherche d'un père mythique, d'un amour absolu, d'une cause apportant toutes les réponses à des questions « fondamentales »<sup>1417</sup>.

La filiation psychique est la seule qui permette la construction de l'identité de l'enfant en lien avec sa famille en nouant ensemble les trois éléments dissociés chez tout un chacun : le biologique, l'inconscient et le social<sup>1418</sup>.

---

<sup>1416</sup> Verhulst, F.C. et col. (1990, 2000). Problem behavior in international adoptees: Epidemiological study; Tieman et coll. (2002): *Suicide, psychiatric illness, and social maladjustment in intercountry adoptees in Sweden: a cohort study*; 2005: Psychiatric disorders in young adult intercountry adoptees: an epidemiological study; Vegt EJ, et Col. (2009), *early childhood adversities and trajectories of psychiatric problems in adoptees: evidence for long lasting effects*. Et v. Lévy-Soussan, *Destins de l'adoption*, éd. Fayard/ Psy, 2014. Dans le chapitre de cet ouvrage relatif aux échecs, l'auteur aborde les études démontrant la surmorbidity des enfants adoptés par une personne seule. Il regrette qu'il n'y ait pas en France une politique qui permette de l'éviter.

<sup>1417</sup> P. Lévy-Soussan, *Filiation, sexualité et construction psychique*, loc. cit.

<sup>1418</sup> *Ibidem*.

## **En quoi une filiation juridique désignant deux pères ou deux mères entrave-t-elle la fondation de la filiation psychique ?**

Dans le cas de l'adoption, l'enfant adopté se sait venir d'un engendrement filiatif (l'adoption) qui donne un sens à l'être qu'il est dans le cadre d'une fiction qui le renvoie à une scène sexuelle originaire fantasmée, construite avec ses parents adoptifs dont il est le fruit<sup>1419</sup>. Le noyau organisateur des fantasmes autour de la naissance et de la scène d'engendrement permet de réassocier tout ce qui a été dissocié. *Un enfant qui a une origine dissociée (adoption, AMP, GPA) a encore plus besoin qu'un autre d'avoir une fiction fondatrice solide. Le montage n'est pas sans risques et il est important de ne pas ajouter des obstacles au processus d'assimilation filiative.*

La clinique montre avec une grande acuité comment les positions de mère et père sont différentes, complémentaires et profondément asymétriques pour l'enfant. C'est pourquoi il faudrait remettre à l'honneur les termes de maternalité et paternalité, en dette et hommage à Racamier<sup>1420</sup>.

*Dans un contexte de « couple de même sexe » la filiation ne peut plus reposer sur la naissance, suite à un engendrement, opérateur symbolique qui permet de transformer un homme et une femme en père et mère. Cela représente un obstacle supplémentaire à la réassignation permettant la construction filiative de l'enfant.* Les questionnements soulevés lorsqu'interfèrent des cas de transsexualisme sont encore plus complexes.

Représente également un obstacle à la réassignation le fait que la pratique médicale ait été utilisée en violation de la loi française, donc par transgression, comme dans le cas de la GPA.

## **§ 2. Le cas de la GPA**

En cas de GPA, on ajoute à toutes les problématiques spécifiques de l'AMP « sociétale », avec ses conséquences et défis analysés dans le premier paragraphe, des questions encore plus complexes, dont il faut tenir compte d'un point de vue psychique et qui s'y combinent.

Partons pour raisonner du cas classique dans lequel les deux parents d'intention sont tous les deux les donneurs de gamètes, hypothèse la plus facilement acceptée à l'international. L'enfant devra (il s'agit d'un homme et d'une femme) réassocier psychiquement cette procréation réalisée à l'extérieur de son couple parental, au sein d'un laboratoire, dans le ventre d'une autre femme que celle qui souhaite s'inscrire psychiquement comme sa mère, en l'absence de rapports sexuels procréatifs de ses parents d'intention. Il s'agit là des dissociations propres à ce type de filiation, que l'enfant devra réassocier dans sa tête pour se construire une origine psychique à partir de ses parents d'intention, de façon à pouvoir les transformer en son père et sa mère.

Dans le cas de GPA, le cheminement permettant la réassociation psychique est encore plus compliqué que dans l'AMP à ouverture « sociétale » par la dissociation de la maternité à

---

<sup>1419</sup> P. Lévy-Soussan, *Destins de l'adoption*, op. cit.

<sup>1420</sup> P.-C. Racamier, La mère et l'enfant dans les psychoses du *post-partum*, *Evolution psychiatrique*, 26, 1961, pp. 525-570.

laquelle peut s'ajouter une dissociation de la paternité et une atteinte du pilier juridique de la filiation par un cheminement transgressif vers l'enfant.

### **Quel est le poids du lien biologique avec le père d'intention ?**

Réponse : la présence d'un lien biologique avec le père d'intention n'est en rien une garantie de la solidité, fiabilité, de l'existence d'un lien filiatif paternel à la fois du côté du père d'intention que de l'enfant. La construction de la paternalité n'est jamais garantie par le sang mais par le sens que cette filiation prend pour l'enfant à travers le registre du symbolique et de la capacité du parent d'intention à faire naître l'enfant dans le social dans une place non transgressive, et non occupée par avance dans une transaction commerciale qui servirait de socle psychique originaire fondateur à l'enfant.

### **Quel est le poids du lien biologique avec la mère d'intention (ce sont les gamètes de la mère d'intention, par hypothèse) ?**

Réponse : la présence d'un lien biologique avec la mère d'intention par don de gamètes n'est en rien une garantie de la solidité de l'existence d'un lien filiatif maternel à la fois du côté de la mère d'intention que de l'enfant. C'est l'une des grandes difficultés que l'on retrouve au sein des AMP endogène que de voir la vulnérabilité de cette filiation malgré la réassurance du lien du sang et de l'accouchement. La mère d'intention doit toujours faire un travail élaboratif complexe pour devenir la mère d'un enfant issu d'une technique médicale par définition qui dissociera la procréation au sein d'un couple à l'extérieur du couple. De plus, l'importance dans l'imaginaire sociétal féminin de la place qu'occupe l'accouchement pour « faire la mère » obligera la mère d'intention à élaborer son absence chez elle et sa présence chez une autre femme associée à une image de maternité particulièrement forte à la fois de femmes qui accouchent et en même temps de femmes qui se séparent de son enfant.

### **Quelle est l'incidence d'un lien génétique de l'embryon avec la mère porteuse et avec le père d'intention ?**

Réponse : il s'agira d'un triple travail psychique pour l'enfant, le père d'intention et la mère d'intention de voir élaborer l'absence de lien biologique avec la mère d'intention, la présence au sein de l'embryon d'un « matériel génétique » étranger au couple. Tout autant de défis qui impliqueront de symboliser à la fois la présence ou l'absence du lien de sang au sein d'une configuration symbolique où la scène de naissance est détachée de la scène de seconde naissance symbolique où vivra l'enfant.

C'est l'un des paradoxes des projets de GPA : désir d'un enfant avec un patrimoine génétique partiellement ou en totalité venant du couple d'intention tout en implantant chez un autre couple qui concevra et accouchera l'enfant. Donc, d'un côté hyper-valorisation du lien du sang et du versant biologique de la filiation et de l'autre côté, sur le même versant biologique, détachement, négation, dévalorisation de l'ensemble des interactions *in utero* pendant la grossesse avec la mère porteuse et, sur le versant opposé, hyper-valorisation de la dimension « sociale » de la séparation de la mère de substitution et de l'enfant rendue possible par la transaction financière.

De plus, la présence d'un lien génétique avec la mère porteuse renforce psychologiquement sa position « maternelle » chez la mère d'intention, place qui peut rentrer en rivalité avec



elle mais aussi dans la tête du père d'intention qui devra « maternaliser » sa femme en l'absence et de lien biologique et d'accouchement venant de sa part. Tout autant de défis complexes dans une société qui valorise le lien du sang et disqualifie l'adoption.

Tout autant de défis que chaque intervenant tout autour de cette conception devront élaborer pour « faire comme si » l'enfant venait du couple. En effet, dans la GPA, l'enfant comme le couple d'intention devront dépasser la dimension biologique propre à l'embryon d'origine génétique multiple et la dissociation « sociétale » due à la grossesse et l'accouchement en dehors du couple d'intention. Cette valorisation extrême du lien biologique risque de favoriser une vulnérabilité de la construction du lien psychique dont personne au sein d'une famille ne peut faire l'économie.

Le droit doit renouer devant la modernité à ses sources vives en gardant à l'esprit le but ultime des lois en la matière qui est de civiliser les fantasmes pour donner naissance à un sujet capable de grandir en famille et en société.

**Remarque :** l'interview du docteur Lévy-Soussan (dans le cadre d'un travail en suivi sur deux ans) révèle que les répercussions et enjeux d'ordre psychique sont inquiétants (ce que l'écrit lisse un peu) lorsque les combinaisons associent au schéma de base de la GPA des éléments de nature à entraver la réassociation permettant la construction psychique de l'enfant.

## **Section II. L'approche empirique : la mise en évidence de facteurs de risque**

### **Revue de littérature**

L'objectif de cette revue de la littérature est d'explorer les domaines relatifs à la GPA et d'en tirer des enseignements quant au devenir des familles et des enfants, notamment en termes de déviance et de criminalité, dès lors que le sujet n'a jamais été abordé de la sorte.

Conformément à ce qui était indiqué dans la note méthodologique validée par la Mission, ont été recensées et analysées des études dont la fiabilité repose sur une méthode rigoureuse (suivi médical et expertises ; cohortes ; durée suffisamment longue du suivi ; prise en compte des différents facteurs susceptibles d'interférer sur les conclusions, tels le milieu social, l'âge, la présence de frères et sœurs...).

Contrairement à l'approche sociologique<sup>1421</sup>, cette approche empirique n'est ni qualitative ni limitée dans le temps. Le devenir et la santé des enfants et la relation parents-enfants sont étudiés sur le long terme à l'aide de méthodes permettant d'établir sinon des liens de causalité -aucune méthodologie en ce domaine ne le permet- du moins des corrélations ou des pistes. Dans le cadre d'une recherche planifiée et financée sur deux ans, il était impossible de mettre en place notre propre étude empirique et d'en tirer des conclusions à long terme.

L'approche est d'ordre psycho-criminologique, voire biologique. La question posée est la suivante, sous l'angle de la **criminologie** et **psychopathologie**, quelles sont les conséquences des incidents survenant au cours de la période primale et quant à l'attachement.

---

<sup>1421</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre I, Section III, pages 137 et s.

Il ressort de cette revue de littérature que l'absence ou l'insuffisance d'attachement prénatal de la mère (la mère gestante qui n'est pas autorisée à s'attacher à l'enfant ou la mère d'intention qui ne s'attache pas toujours de manière satisfaisante faute de soutien neurobiologique) a des conséquences sur l'enfant. Or, les ratés de l'attachement constituent un facteur de risque du devenir délinquant et violent ; il va de soi qu'il est ici question de facteur de risque et non d'automatisme. Par ailleurs, nous apprendrons que l'allaitement du nouveau-né n'a pas seulement des vertus sanitaires, mais est également essentiel au maintien du contexte neurobiologique de l'attachement entre la mère et son nouveau-né.

## § 1. L'évaluation des facteurs de risque

Les recherches initiales sur les enfants institutionnalisés menées par Bowlby, Ainsworth et les théoriciens ultérieurs de l'attachement ont révélé quelles étaient les conséquences les plus extrêmes des formes sévères d'attachement non-sécure. Même dans des situations moins extrêmes, l'enfant attaché de manière non-sécure, puis l'adulte qu'il devient sera dépendant, émotionnellement, et sera plus facilement sujets à des troubles divers du comportement et même à des troubles de la personnalité<sup>1422</sup>. Ceci a d'ailleurs été aussi montré chez les singes<sup>1423</sup>. D'autres chercheurs ont également travaillé sur les enfants abandonnés puis adoptés ou placés en familles d'accueil et ont montré que plus encore que le comportement de la figure d'attachement (dans un contexte institutionnalisé, le pourvoyeur de soin), c'est son instabilité qui est la plus dommageable à l'enfant<sup>1424</sup>.

L'attachement est important car il colore ensuite les relations que l'on a avec son conjoint ou sa conjointe. Il colore aussi les relations que l'on a avec ses enfants. Le type d'attachement, évitant ou anxieux déteint sur la manière dont l'on se comporte en tant que parent et perçoit l'autre dans le couple<sup>1425</sup>. En outre les personnes tendent à se mettre en couple avec des personnes qui leur ressemblent du point de vue de l'attachement, ce qui favorise à son tour la poursuite de la transmission intergénérationnelle des diverses formes d'attachement<sup>1426</sup>. Les troubles de l'attachement représentent donc un facteur de risque de conséquences psychopathologiques transmissibles qui vont à leur tour favoriser (répétons-le, facteur de risque et non facteur causal) des comportements déviants, voire délinquants.

Les ratés de l'attachement sont ciblés par les études recensées comme représentant un facteur de risque non négligeable, parmi d'autres facteurs, de troubles du comportement chez les enfants et adolescents<sup>1427</sup>. A cet égard, les travaux de Fonagy et alii sont essentiels car ils montrent de manière longitudinale, et par conséquent particulièrement solide, conforté au

---

<sup>1422</sup> P. Fonagy, M. Target, M. Steele, H. Steele, T. Leigh, A. Levinson et R. Kennedy, "Morality, Disruptive Behaviour, Borderline Personality Disorder, Crime, and their Relationships to Security of Attachment", in L. Atkinson. et K.J. Zucker (dir.) (1997), *Attachment and Psychopathology*, the Guilford Press, 1997: 223-274.

<sup>1423</sup> G.W. Kraemer, "Psychology of Early Social Attachment in Rhesus Monkeys", *Annals New York Academy of Science*, 1997, n° 807, 401-418.

<sup>1424</sup> T.G. O'Connor, "Attachment Disturbances Associated with Early Severe Deprivation", in C.S. Carter et alii, *op. cit.*: 257-267.

<sup>1425</sup> V. parmi de nombreuses recherches: C.L. Wilson, W.S. Rholes, J.A. Simpson et S. & Tran, "Labor, Delivery, and Early Parenthood: An Attachment Theory Perspective", *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2007, n° 33(4): 505-518.

<sup>1426</sup> M.H. Van Ijzendoorn & M.J. Bakermans-Kranenburg, "Intergenerational Transmission of Attachment: A Move to the Contextual Level", in L. Atkinson et K.J. Zucker *op. cit.*:135-170.

<sup>1427</sup> S. Golberg, "Attachment and Childhood Behavior Problems in Norman, At-Risk, and Clinical Samples", in L. Atkinson et K.J. Zucker *op. cit.*: 171-195.

surplus par diverses autres approches méthodologiques, que la délinquance est essentiellement un problème développemental et que les troubles de l'attachement représentent un facteur de risque, chez les enfants et plus tard les adultes, d'un moindre sens moral, de problèmes comportementaux et de problèmes de déviance et de délinquance plus fréquents<sup>1428</sup>. Ces études montrent aussi que les attachements dysfonctionnels sont des prédicteurs encore plus importants de la délinquance que tout autre évènement de la vie.

Des recherches ayant abouti à des résultats similaires ont été menées sur la violence<sup>1429</sup>. La violence est également un problème développemental<sup>1430</sup>. Non point, comme on l'a longtemps cru, qu'elle s'apprend avec l'éducation, mais en réalité qu'elle constitue une phase normale vers l'âge de deux à quatre ans, mais que c'est inversement la bonne parentalité, la bonne fondation filiative et le bon attachement qui conduisent à la désapprendre<sup>1431</sup>. Au contraire, un moindre attachement et une utilisation par les parents de violence ou même de menace de recours à la violence interfèrent directement sur la capacité de mentalisation de l'enfant et son élaboration d'une *Theory of Mind*. Les neurosciences confortent ces résultats. Ainsi des travaux portant sur le cortex préfrontal ont-ils confirmé que l'attachement dysfonctionnel s'appuie précisément sur une faible *Theory of Mind* et est corrélé à une propension à la violence, comme dans le cas de la personnalité antisociale<sup>1432</sup>, laquelle doit être analysée comme étant une forme d'adaptation normative et normale aux maltraitements, formes de parentalité cohérentes avec des attachements insécure. Or, la personnalité antisociale constitue l'un des « besoins » criminogènes – ou facteur de risque<sup>1433</sup> – majeurs de la délinquance<sup>1434</sup>.

Il est certes possible pour les individus de surmonter de tels antécédents, notamment lorsqu'elles présentent des potentiels plus résilients<sup>1435</sup>. Pour autant, toutes les personnes n'ont

---

<sup>1428</sup> Résumé par ex; dans ce chapitre de livre: P. Fonagy, M. Target, M. Steele, H. Steele; T. Leigh, A. Levinson, R. Kennedy, « Morality, Disruptive Behaviour, Borderline Personality Disorder, Crime, and their Relationships to Security of Attachment », in L. Atkinson et K.J. Zucker *op. cit.*:223-274.

<sup>1429</sup> J. Morizot et L. Kazemian (dir.), *The Development of Criminal and Antisocial Behavior: Theory, Research, and Practical Implications*, Springer, 2015.

<sup>1430</sup> F. Pfäfflin et G. Adshead (dir.), *A Matter of Security: the Application of Attachment Theory to Forensic Psychiatry and Psychotherapy*, Jessica Kingsley, 2004.

<sup>1431</sup> A. Carvell et K.T. Malcolm (dir.), *Anger, Aggression and Intervention for Interpersonal Violence*, Routledge, 2007.

<sup>1432</sup> A. Raine, T. Lencz, S. Bihrlé, L. LaCasse et P. Colletti (2000), "Reduced prefrontal gray matter volume and reduced autonomic activity in antisocial personality disorder", *Archives of General Psychiatry*, 2000, n° 57: 119-127.

<sup>1433</sup> J. Morizot et L. Kazemian Lila, *op. cit.*

<sup>1434</sup> D. Andrews et J. Bonta, *The Psychology of Criminal Conduct*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> ed., 2010. – traduction en français par C. le Bossé et M. Herzog-Evans, sous le titre *Le comportement délinquant. Analyse et modalités d'intervention*, Les Presses de l'Enap, 2015.

<sup>1435</sup> Ce concept est parfois critiqué (P. Danboy, Résilience : nouveau concept ou gadget ?, in *Actualités Sociales Hebdomadaires*, oct. 2000, n° 2183, BDSP). Rapp. Emmy Werner, psychologue américaine ayant conduit une évaluation du développement des enfants d'Hawaï qui n'avaient ni école ni famille et qui vivaient dans une grande misère, exposés aux maladies et aux violences, avec un suivi sur 30 ans, révèle de nombreux cas de résilience obtenus grâce à des soins, des adoptions, des apports affectifs et un encadrement soigné, Emmy Werner, *Overcoming the Odds- High Risk children from Birth to Adulthood*, Cornell University Press, Ithaca-Londres, 1992.

pas de telles compétences ni ne rencontrent les « tuteurs de résilience » dont parle Cyrulnik<sup>1436</sup> et on les retrouve largement représentés dans la chaîne pénale<sup>1437</sup>.

Pédiatre, psychologue et psychiatre anglais, Bowlby<sup>1438</sup> a démontré que le processus d'attachement du petit à la figure maternelle est une part essentielle du tréfonds de l'espèce humaine (V. *infra*). L'attachement réussi, c'est-à-dire la réponse adéquate de l'entourage à tous les signaux de l'enfant, construit le sentiment de confiance en soi et de sécurité du bébé qui affrontera ensuite d'autant mieux les épreuves ultérieures.

Ainsi, avec un attachement bien sécurisé, sans occulter le poids des éléments permettant la fondation filiative de l'enfant et autres facteurs de risque, la violence disparaît-elle du répertoire naturel d'un enfant au fur et à mesure des années. Précisément, l'un des objectifs évolutionnistes de l'attachement est la socialisation de l'agressivité naturelle<sup>1439</sup>. L'attachement favorise donc le développement de la *Theory of Mind*, laquelle est liée à l'existence de l'empathie, alors même que l'on sait aussi que le manque d'empathie constitue un facteur, très important, de risque de violence<sup>1440</sup>, et plus largement de délinquance puisqu'il constitue l'un des éléments de la personnalité ou des traits, attitudes et cognitions antisociales<sup>1441</sup>.

En outre, une partie importante de la recherche spécialisée en matière de délinquance sexuelle estime aujourd'hui que les problèmes d'attachement constituent l'un des facteurs explicatifs du passage à l'acte des auteurs d'infractions sexuelles<sup>1442</sup>, outre les facteurs de déviance sexuelle et de distorsions cognitives, quoique cette relation soit complexe et nécessite d'être plus finement explicitée que la recherche n'a pu encore le faire. C'est qu'il n'existe en effet pas de lien *direct* entre attachement dysfonctionnel et délinquance, y compris délinquance sexuelle<sup>1443</sup>, pas plus au demeurant qu'avec n'importe quel facteur de risque et le passage à l'acte, mais, comme pour toute infraction, un chemin *indirect*. Comme d'autres variables et comme pour d'autres formes de délinquance, il s'agit d'un facteur de vulnérabilité, néanmoins très fort<sup>1444</sup>,

---

<sup>1436</sup> B. Cyrulnik, résilience et relation d'aide, in *Perspective soignante*, n° 17, sept. 2003, BDSF. Du même auteur : Bien-être subjectif et facteur de protection, in *Pratiques psychologiques*, n° 1, 2001, BDSF. *Ces enfants qui tiennent le coup*, éd. Hommes et perspectives, 1998 ; *Un merveilleux malheur*, éd. Odile Jacob, 2002. Et V. JP Pourtois et H Desmet, *Relation familiale et Résilience*, éd. Harmattan 2000. Ou encore, P. Bouvier, L'enfant et sa capacité de résistance : la résilience, in *Médecine et Enfance*, n° 16, mai 1996, BDSF. Et encore, B. Cyrulnik, Les nourritures affectives, éd. Odile Jacob, 1993, Paris et les références citées ci-dessus.

<sup>1437</sup> J. Morisot et L. Kazemian Lila, *op. cit.*, et pour un lien avec les autres facteurs cérébraux, sociaux etc..., V. déjà : B. B. Lahey et R. D. Waldam, *A development & life-Course Theories of offending*, London : Transaction Publishers Advances in Criminological Theory, volume 14, pp. 15-50.

<sup>1438</sup> V. J. Bowlby, *Attachement et perte*, PUF, 1978.

<sup>1439</sup> M. Gilliom, D.S. Shaw, J.E. Beck, J. E., Schonberg M.A., J.L. Luko, "Anger regulation in disadvantaged preschool boys: strategies, antecedents, and the development of self-control", *Developmental Psychology*, 2002, n° 38: 222-235.

<sup>1440</sup> M.L. Hoffman, *Empathy and Moral development*, Cambridge University Press, 2001 et K.L. Bierman, "Anger and Aggression. A Developmental Perspective", in A. Carvell et K.T. Malcolm, *op. cit.*: 215-238. P. Fonagy, "Towards a developmental understanding of violence", *British Journal of Psychiatry*, 2003, n° 183: 190-193

<sup>1441</sup> D. Andrews et J. Bonta, *op. cit.*

<sup>1442</sup> T. Ward, D.L.L. Polaschnek, Anthony R. Beech, *Theories of sexual offending*, Wiley Series in Forensic clinical psychology, 2006, spe. Chap. 12, pp. 181-196; W.L. Marshall et L.E. Marshall, "The origins of sexual offending", *Trauma, Violence & Abuse*, 2000, n° 1(3): 250-263 et surtout W.L. Marshall, G.A. Serran et F.A. Cortoni, "Childhood Attachments, Sexual Abuse, and Their Relationship to Adult Coping in Child Molesters", *Sexual Abuse: A journal of Research and Treatment*, 2000, n° 12(1): 17-26.

<sup>1443</sup> R. Phil, *Attachment and Sexual Offending*, John Wiley and Sons, 2006.

<sup>1444</sup> Comme le montre cette revue de la littérature : R. Maniglio, "The Role of Parent-Child Bonding, Attachment, and Interpersonal Problems in the Development of Deviant Sexual Fantasies in Sexual Offenders", *Trauma, Violence & Abuse*, 2012, n° 13(2): 83-96.

lequel se nourrit de manque d'empathie et de déficit en contrôle de soi<sup>1445</sup>, soit deux facteurs dont la littérature a déjà montré abondamment le poids dans la commission d'infraction. Les facteurs de risque sont en l'occurrence établis par des études menées sur cohortes, sur une durée représentative et en tenant compte de paramètres permettant une évaluation sérieuse de ces facteurs.

Quoi que la différence entre délinquance générale et délinquance sexuelle en tant qu'elle est liée aux attachements dysfonctionnels soit *indirecte* et discutée<sup>1446</sup>, une recherche importante a montré que les délinquants sexuels étaient encore moins attachés de manière sécuritaire que les autres populations délinquantes<sup>1447</sup>. En outre, des recherches récentes ont montré que les ratés de l'attachement représentent un facteur de risque non négligeable d'une personnalité antisociale, d'agression et de sexualité coercitive<sup>1448</sup> et qu'en particulier l'attachement paternel évitant peut représenter un facteur de risque de comportement de violeur, indépendamment de la personnalité antisociale et de la violence<sup>1449</sup>.

La difficulté vient de ce que les recherches épigénétiques (i.e. relative à l'interaction entre génétique et environnement) montrent que l'attachement non-sécuritaire et les troubles qui s'en infèrent, apparaissent, le cas échéant et sous réserve d'autres variables qui peuvent les amoindrir voire les annihiler, très tôt dans la vie humaine et qu'il est bien souvent trop tard de tenter d'y remédier par la suite<sup>1450</sup>. Inversement des actions dès la naissance, surtout dans l'hypothèse où elles seraient liées à la prise en compte d'autres facteurs de risque, peuvent avoir un impact spectaculaire<sup>1451</sup>, ce qui suppose aussi *a minima* d'éviter de créer délibérément des situations à risque.

Un point particulièrement important est que d'autres recherches encore ont montré que les séparations mère-enfants à la naissance et durant les premières années peuvent se traduire par un risque significatif de développer par la suite des comportements délinquants et criminels, sur la base d'études longitudinales de grande importance, portant sur des cohortes considérables et menées en Finlande à la faveur des séparations forcées de nouveau-nés d'avec leurs mères durant de longs mois, suite à des épidémies de tuberculose entre 1945 et 1956<sup>1452</sup>.

---

<sup>1445</sup> Sur ce point v. M.R. Gottfredson et T. Hirshi, *General Theory of Crime*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1990.

<sup>1446</sup> *Ibid.*

<sup>1447</sup> D.J. Whitaker, B. Le, R.K. Hanson, C.K. Baker, P.M. McMahon, G. Ryan et A. Klein, "Risk factors for the perpetration of child sexual abuse: a Review and meta-analysis", *Child Abuse and Neglect*, 2008, n° 32(5) : 529-548.

<sup>1448</sup> S.W. Smallbone et M.R. Dadds, "Further Evidence for a Relationship Between Attachment Insecurity and Coercive Sexual Behavior in Nonoffenders", *Journal of Interpersonal Violence*, 2001, n° 16(1): 22-35.

<sup>1449</sup> S.W. Smallbone et M.R. Dadds, "Childhood attachment and adult attachment in incarcerated adult male sex offenders", *Journal of Interpersonal Violence*, 1998, n° 13(5): 555-573

<sup>1450</sup> R.E. Tremblay, "Understanding development and prevention of chronic physical aggression: towards experimental epigenetic studies", *Philosophical Transaction of the Royal Society*, 2004, n° 3663: 2613-2622.

<sup>1451</sup> L. Schweinhart, J. Montie, Z. Xiang, W. S. Barnett, C.R. Belfield, et M. Nores, *Lifetime effects: the High/Scope Perry Preschool study through age 40*, Ypsilanti, MI: High/Scope Press, 2005; D. Olds, C.R. Henderson, R. Chamberlin, et R. Talelbaum, "Preventing child abuse and neglect: a randomized trial of nurse home visitation", *Pediatrics*, 1986, n° 78, 65-78; D. Olds, C.R. Henderson Jr, R. Cole, J. Eckenrode, H. Kitzman, D. Luckey, L. Pettitt, K. Sidorra, P. Morris, J. Powers, "Long-term effects of nurse home visitation on children's criminal and antisocial behavior: fifteen-year follow-up of a randomized controlled trial", *J. Am. Med. Assoc.*, 1998, n° 280(14): 1238-1244.

<sup>1452</sup> P. Maki, J. Veijola, P. Rasanen, M. Joukamaa, P. Valonen, J. Jokelainen, M. Isohanni, "Criminality in the offspring of antenatally depressed mothers: a 33-year follow-up of the Northern Finland 1966 Birth Cohort", *J Affect Disord.* 2003, n° 74(3): 273-278.

D'autres recherches ont par la suite confirmé ces résultats sur la base de méthodologies et dans disciplines distinctes<sup>1453</sup>, dont un collectif écossais a récemment fait la revue de la littérature<sup>1454</sup>. La cohorte finlandaise a par ailleurs montré que les séparations augmentent le risque (facteur de risque et non facteur causal) d'apparition de la schizophrénie, encore une fois par l'intermédiaire d'une potentialisation épigénétique, elle-même causée par des formes non-sécures d'attachement liés à la séparation<sup>1455</sup>.

Nous ne prétendons certes pas ici tenter d'affirmer qu'existe un lien causal direct entre GPA et délinquance. Aucune recherche n'a jamais établi un tel lien et il est douteux que nous disposerons un jour des cohortes suffisantes, de la possibilité éthique de mener des recherches établissant un tel lien (randomisation) et, par ailleurs, de la volonté de mener de manière purement objective de telles recherches. Ce que nous montrons est en revanche que l'attachement est d'abord et préférentiellement obtenu entre un nouveau-né et sa mère gestante. Nous montrons simplement que cet attachement initial est fondamental pour les attachements ultérieurs et, inversement, qu'un mauvais attachement représente un facteur de risque. Reste que nous commençons à savoir un certain nombre de choses sur les enfants nés par GPA et autres techniques de PMA, quoi qu'il faille, contrairement aux travaux évoqués, qui reposent sur des méthodologies des sciences dures, tenir compte des biais de certains auteurs et de méthodologies en sciences humaines bien moins solides, voire médiocres<sup>1456</sup>. Cette mise en évidence de facteurs de risque peut être étayée par des définitions et présentation des théories de l'attachement qui les expliquent en partie.

## § 2. Définition et présentation de la théorie de l'attachement

Les « théories » (au sens de système explicatif et de champ de recherche) de l'attachement ont été créées suite aux travaux pionniers de John Bowlby, tout d'abord, puis de Mary Ainsworth, ensuite, qui devait raffiner et la théorie et la méthodologie. John Bowlby s'appuyait à l'époque sur ce qui était connu dans le domaine de la psychologie développementale et la psychanalyse. Bowlby, formé à l'Université de Cambridge, devait travailler dans une institution pour enfant en difficulté, et devait être notamment frappé par deux d'entre eux, l'un étant isolé, sans affect et affection et n'ayant eu aucune figure maternelle stable, l'autre étant anxieux et dépendant (il suivait notamment Bowlby partout). Après un complément de formation en psychiatrie, Bowlby devait commencer à percevoir les limites de la psychanalyse et à travailler sur l'histoire familiale des enfants. Sa formation scientifique rigoureuse et médicale contrastait aussi avec l'approche clinique des psychanalystes ainsi qu'avec leur refus de prendre en compte les

---

<sup>1453</sup> D.M. Fergusson, L.J. Horwood, M.T. Lynskey, "Parental separation, adolescent psychopathology, and problem behaviors", *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 1994, n° 33: 1122-1131.

<sup>1454</sup> K. Latimer, P. Wilson, J. Kemp, L. Thompson, F. Sim, C. Gillberg, C. Puckering et H. Minnis, "Disruptive behaviour disorders: a systematic review of environmental antenatal and early years risk factors", *Child: Care, Health and Development*, 2012, n° 38: 611-628

<sup>1455</sup> P. Mäki, J. Veijola, M. Joukamaa, E. Läär, H. Hakko, P.B. Jones, M. Isohanni, "Maternal separation at birth and schizophrenia – a long-term follow-up of the Finnish Christmas Seal Home Children", *Schizophrenia Research*, 2003, n° 60: 13-19.

<sup>1456</sup> V. encore par exemple : L. Blake, A longitudinal study of surrogacy Families : Parenting and Child development from infancy to adolescence, in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde-représentations, encadrements et pratiques*.

phénomènes biologiques<sup>1457</sup>. Après concertation de l'équipe dans le cadre de la présente recherche, il est apparu utile de prendre en compte aussi les phénomènes biologiques dans l'analyse des conséquences sur l'enfant des revendications de « droit à l'enfant », dans la mesure où les études citées à l'appui sont fiables et rigoureuses. Bowlby mena des études empiriques successives et solides portant sur les enfants « malajustés ». Il ne manqua pas d'établir un lien entre privation et séparation maternelle précoces. Pour sa part, Mary Ainsworth avait étudié à Toronto, où s'était développée une théorie de la sécurité, en vertu de laquelle les enfants devaient développer d'abord une dépendance sécuritaire envers leurs parents avant de commencer à explorer l'inconnu.

Les travaux de Bowlby avaient attiré l'attention de l'OMS qui devait lui commander un rapport paru en 1951 dans lequel il devait jeter les bases de la théorie de l'attachement<sup>1458</sup>. La base de la théorie de Bowlby est que « le bébé et le jeune enfant doivent faire l'expérience d'une relation chaleureuse, intime et continue avec sa mère (ou avec un substitut maternel permanent) dans le cadre de laquelle les deux ressentent de la satisfaction et de la joie »<sup>1459</sup>. À défaut d'un tel contexte, les enfants établissent des formes insécures d'attachement, qui colorent par la suite la totalité de leurs relations. Par la suite, il devait raffiner sa théorie dans divers articles. La première étude empirique indépendante démontrant sa théorie devait être faite par Mary Ainsworth en Ouganda. Elle fut frappée dès le départ lors de ses observations sur le terrain, par la validité des théories de Bowlby. Tous deux devaient par la suite travailler ensemble et mener de nouvelles études empiriques confirmant les précédentes. Ils devaient également élaborer un modèle de test dit de « la situation étrange » lequel permettait de situer un enfant en termes d'attachement<sup>1460</sup>.

Le modèle Bowlby-Ainsworth a été ensuite reformulé et amélioré<sup>1461</sup>, notamment pour les adultes. Il représente aujourd'hui un modèle théorique validé dans le monde entier et utilisé en psychologie, psychopathologie, psychiatrie, neurosciences et criminologie. La très grande force du modèle Bowlby-Ainsworth est qu'il n'est pas que psychologique : il est neuro-biologico-psychologique. Il démontre en effet que l'attachement n'est pas que le fruit d'une histoire psychologique, mais est également programmé sur le plan neurobiologique, non seulement d'ailleurs chez l'humain, mais également dans toutes les espèces. L'être humain est programmé dès la naissance pour s'attacher à une figure d'attachement principale, que cette dernière soit chaleureuse ou non.

L'attachement peut dans ce cadre théorique être défini comme étant : « une tendance programmée phylogénétiquement pour une personne (généralement un enfant), à s'attacher à une autre, laquelle est considérée par lui comme étant « plus forte et plus sage »<sup>1462</sup>. Une définition plus complète est donnée par Reite et Capitano : « l'attachement représente en fait un système de comportements fondé et induit de manière neurobiologique dont l'une des

---

<sup>1457</sup> V. par exception dans la période moderne, S. Lebovici, La théorie de l'attachement et la psychanalyse contemporaine, La Psychiatrie de l'enfant, Mémoires cliniques, 1991, serach. Proquest.com.

<sup>1458</sup> J. Bowlby, *Maternal Care and Mental health*, WHO, 1951.

<sup>1459</sup> *Ibid*, p. 13. Notre traduction.

<sup>1460</sup> Pour plus de détails sur l'histoire de ces théories v. I. Bretherton, « The origins of attachment theory: John Bowlby and Mary Ainsworth », *Developmental Psychology*, 1992, n° 28 : 759-775.

<sup>1461</sup> L. Atkinson, Attachment and Psychopathology: From Laboratory to Clinic, in L. Atkinson et K.J. Zucker (dir.) (1997), *Attachment and Psychopathology*, the Guilford Press, 1997: 3-16.

<sup>1462</sup> C.S. Carter, L. Ahnert, K.E. Grossmann, S.B. Hrdy, M.E. Lamb, S.W. Porges et N. Sachser (dir.), *Attachment and Bonding. A New Synthesis, Dahlem Workshop Reports*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2005, spéc. p. 4. – notre traduction.

fonctions essentielles est de promouvoir le développement et la régulation (ou modulation) de la synchronie physiologique entre organismes »<sup>1463</sup>.

Il est donc vital pour l'enfant d'attirer l'attention de sa mère pour qu'elle ait envie de s'occuper de lui. Il naît avec de telles compétences, lesquelles prennent appui sur des hormones (chez la mère) et des signes d'appel (sourires) et comportementaux (pleurs, agitation, etc.)<sup>1464</sup>. Le nouveau-né est même capable de discriminer ceux qui ont de bonnes intentions et ceux qui n'en ont pas, une compétence qui s'affine de plus en plus au fil des années<sup>1465</sup>. Contrairement à ce que les théories freudiennes et la culture latine laissent accroire, l'attachement est tout le contraire de la dépendance. Plus une personne est attachée de manière sécurisée et plus elle sera indépendante et autonome. Inversement, moins une personne est attachée de manière sécurisée, et plus elle tendra à produire des enfants et des adultes dépendants<sup>1466</sup>.

L'attachement sécurisée de base concerne principalement la mère, qui est la seule à baigner dans des hormones dites de l'attachement, sur lesquelles nous reviendrons. C'est au fur et à mesure que l'attachement de l'enfant au père va se manifester. En outre, si l'attachement de l'enfant à la mère est suffisamment sécurisée, son attachement au père en est facilité. Si, pour l'essentiel, la dimension biologique de l'attachement concerne la mère, le père lui-même subit dans de bien moindres proportions, mais subit tout de même, des transformations biologiques lorsqu'il est proche de l'enfant. Il voit par exemple ses taux de prolactine augmenter s'il cohabite avec une femme enceinte ou allaitante et, corrélativement ses taux de testostérone baissent alors, ce qui peut l'amener à s'intéresser à l'enfant<sup>1467</sup>.

Le modèle Bowlby-Ainsworth consiste également en une typologie, intégrant l'attachement sécurisée et les diverses formes d'attachement non-sécurisée, comprenant trois à quatre catégories selon une présentation aujourd'hui dominante<sup>1468</sup> :

- Le Type B, soit ***l'attachement sécurisée*** où la mère ou son substitut permanent répond d'une manière rapide et adaptée, aide l'enfant à comprendre ses propres besoins et sentiments et où la dyade mère-enfant est dite « *attune* », soit synchronisée et adaptée, où l'enfant apprend ainsi à développer une « *theory of mind* (théorie de l'esprit), soit la capacité à comprendre et à verbaliser ses propres émotions et à identifier celles des autres, dont verrons *infra* qu'ils sont essentiels dans le contrôle de soi et la prévention de la violence.
- Le Type A : ***attachement non-sécurisée dit évitant***. Ces enfants apprennent que la mère ou le parent fournira de manière prévisible des réponses négatives ou déplaisantes (rejet,

---

<sup>1463</sup> M. Reite et J.P. Capitano, "On the nature of social separation and social attachment", in M. Reite et T. Field (dir.), *Psychobiology of Attachment and Separation*, New York, Academic, 1985: 223-258, spéc. p. 224.

<sup>1464</sup> N.A. Fox et A.A. Hane, "Studying the Biology of Human Attachment", In J. Cassidy et P.R. Shaver (dir.), *The Handbook of Attachment. Theory, Research, and Clinical Applications*, New York, Guilford Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2008: 217-240; J.A. Coan, "Toward a Neuroscience of Attachment", In J. Cassidy et P.R. Shaver, *loc. cit.* 241-265

<sup>1465</sup> G. Hausfater et S. Blaffer Hrdy, *Infanticide: Comparative and Evolutionary Perspectives*, Aldine Transaction, 2008.

<sup>1466</sup> N.S. Weinfield, L.A. Sroufe, B. Egeland et E. Carlson, "Individual Differences in Infant-Caregiver Attachment. Conceptual and Empirical Aspects of Security", In J. Cassidy et P.R. Shaver, *op. cit.*: 78-101

<sup>1467</sup> S. Blaffer Hrdy, "Evolutionary Context of Human Development. The Cooperative Breeding Model", in C.S. Carter, L. Ahnert, K.E. Grossmann S. Blaffer Hrdy, M.E. Lamb, S.W. Porges, et N. Sachser (dir.), *Attachment and Bonding. A New Synthesis, Dahlem Workshop Reports*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2005: 49-32.

<sup>1468</sup> P. McKinsey Crittenden, "Patterns of attachment and sexual behaviour: Risk of Dysfunction versus opportunity for Creative Integration", in L. Atkinson. et K.J. Zucker (dir.) (1997), *Attachment and Psychopathology*, the Guilford Press: 47-93.



punition, colère) à leurs signes d'appel et préfèrent, pour s'en protéger, éviter les contacts, émotions, etc.

- Le type C : **attachement non-sécuré ambivalent**. Dans ce cas, la mère ou le parent n'est pas prévisible. Parfois il apaise l'enfant, dans d'autres cas non, parfois ses réactions sont positives, parfois négatives.
- Le Type A/C : **attachement non-sécuré évitant et ambivalent** où l'environnement est complexe et ces enfants passent d'un état de A à C de manière répétée. En ce cas il est possible que la mère ou parent les abuse et les négligent tout à la fois et les enfants peuvent se révéler incapables d'adapter leur comportement à leur parent de manière adéquate.

Les prémices de ces formes d'attachement se donnent à voir dès la période prénatale, en sorte qu'il ne peut être affirmé que la dyade mère gestante/fœtus n'ait aucun impact sur la suite.

### § 3. L'attachement prénatal

L'attachement se produit certes essentiellement à compter de la naissance, sur la base, nous le verrons, d'un ensemble hormonal qui n'est propre qu'à la mère gestante et à l'enfant. Toutefois, des travaux récents montrent que l'attachement commence dès la gestation.

Les premiers travaux d'envergure sur l'attachement mère-fœtus prénatal (dit *Maternal-Fœtal Attachment* : MFA) ont été menés par Judith Lumley sous forme de recherche longitudinale<sup>1469</sup>. Celle-ci parvint à démontrer que la mère commençait à percevoir l'enfant comme étant une personne à part entière parfois très tôt (30% dès le premier trimestre) et que 92% des mères y étaient parvenues à 36 semaines d'aménorrhée. La définition donnée au MFA fut alors de manière assez simple : un lien comprenant de l'amour, de la protection, du soin et de l'attention et une réponse adaptée aux besoins.

D'autres études longitudinales devaient montrer par la suite une corrélation entre l'existence du MFA et une série de résultats pertinents pour notre sujet. Le MFA prédisait ainsi le sentiment d'attachement de la mère 24 heures après la naissance<sup>1470</sup>, une interaction mère-enfant ultérieure de qualité<sup>1471</sup>, une bonne compétence maternelle<sup>1472</sup>, et mêmes des échanges mutuels optima entre les membres de toute la famille<sup>1473</sup>. Le MFA n'a pas seulement un impact immédiat ; il se prolonge dans le temps. Ainsi le MFA *prédit*-il également l'attachement mère-enfant un an après la naissance<sup>1474</sup>. Le MFA est également fortement associé à des pratiques sanitaires et protectrices de l'enfant durant la grossesse, telles que l'abstinence du tabac, de l'alcool, des stupéfiants, l'existence d'un suivi prénatal, des conduites adaptées en termes de

---

<sup>1469</sup> J.M. Lumley, "Attitudes to the fetus among primigravidae", *Australian Pediatric Journal*, 1982, n° 18:106–109.

<sup>1470</sup> A.E. Reading, D.N. Cox, C.M. Sledmere et S. Campbell, "Psychological changes over the course of pregnancy: A study of attitudes toward the fetus/neonate", *Health Psychology*, 1984, n° 3:211–221.

<sup>1471</sup> J.R. Fuller, "Early patterns of maternal attachment", *Health Care for Women International*, 1994, n° 11: 433–446.

<sup>1472</sup> R.T. Mercer et S.L. Ferketich, "Predictors of maternal role competence by risk status", *Nursing Research*, 1994, n° 43:38–43

<sup>1473</sup> M.A. White, M.A. Wilson G. Elander et B. Persson, "The Swedish family: Transition to parenthood", *Journal of Advanced Nursing*, 1999, n° 13:171–176

<sup>1474</sup> P. Fonagy, H. Steele et M. Steele, "Maternal representations of attachment during pregnancy predict the organization of infant-mother attachment at one year of age", *Child Development*, 1991, n° 62:891–905. Dans le même sens : A. Siddiqui et B. Hägglöf, « Does maternal prenatal attachment predict postnatal mother-infant interaction », *Early Human Development*, 2000, n° 59 : 13-25.

sommeil, d'exercice, d'alimentation, d'utilisation de la ceinture de sécurité, et d'apprentissage des gestes maternels avant la naissance<sup>1475</sup>. Le MFA limite aussi le risque de dépression post-natal<sup>1476</sup>.

En conclusion, la communauté scientifique retient désormais que le MFA favorise une bonne adaptation mère-enfant à la naissance<sup>1477</sup>.

#### § 4. L'attachement, la naissance et la (neuro)biologie

L'attachement est le fruit d'une rencontre entre l'évènement psychologique<sup>1478</sup> (les comportements) et la neurobiologie<sup>1479</sup>. Les humains, comme bien d'autres espèces animales, sont programmés à la fois biologiquement, et sur les plans hormonaux et cérébraux pour s'attacher de manière optimale dès la naissance et même, nous l'avons vu, avant celle-ci. Il serait inexact de penser qu'il n'existe aucune contradiction entre la dimension psychologique et la dimension neurobiologique. Comme nous l'avons vu *supra*, ces dimensions peuvent tantôt se renforcer, négativement comme positivement, tantôt se compenser, partiellement, voire parfois totalement. A titre d'illustration, lorsqu'il est avéré que l'attachement n'a pu se faire dans des conditions optimales – par exemple dans un cas d'adoption –, le psychologique devient particulièrement important et détermine alors en grande partie la réussite en l'occurrence d'une adoption<sup>1480</sup>.

Des travaux remontant aux années 1990<sup>1481</sup> ont montré toute l'importance d'une classe particulière de neuro modulateurs, les neuropeptides, et notamment l'ocytocine, dans le comportement maternel, l'attachement et plus largement l'amour entre adultes. Ces découvertes initiales ont ensuite conduit à une multitude de travaux ayant révélé que le cerveau – et non point seulement l'utérus et les seins – sont également le siège de récepteurs d'ocytocine. Ainsi se trouve expliqué le lien entre ocytocine et comportement. Au demeurant, si l'on injecte de l'ocytocine (avec de l'estrogène) à des femmes qui n'ont pas accouché, cela les conduit à se comporter comme des mères envers des petits. Toutefois, l'ocytocine doit être injectée dans le cerveau ; si elle est injectée dans le corps, cela n'a aucun impact sur le comportement. Il ressortait déjà de ces prémices que l'amorce de l'attachement à la naissance chez les mammifères passe par l'ocytocine et qu'en conséquence, il ne peut l'être par hypothèse que chez la mère-gestante dans un cas de GPA.

Après ces prémices, des travaux bien plus sophistiqués ont été menés dans la période plus récente. Ainsi une revue de la littérature réalisée en 2014 par une équipe espagnole nous fait-

---

<sup>1475</sup> K. Lindgren, "Relationships among maternal-fetal attachment, prenatal depression, and health practices in pregnancy", *Research in Nursing & Health*, 2001n° 4: 203–217.

<sup>1476</sup> *Ibid*

<sup>1477</sup> A.A. Bryan, "Enhancing parent-child interaction with a prenatal couple intervention", *American Journal of Maternal/Child Nursing*. 2000, n° 25: 139–145.

<sup>1478</sup> V. *Supra* même Partie, même Chapitre, Section I, p. 306 et s.

<sup>1479</sup> V. P. Tourame, Quelle liberté pour la mère porteuse ? Autour de la gestation pour autrui, Dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, éd. Dalloz 2014., pp.275-288, spéc. p. 287 : « Il ne fait aucun doute qu'il existe des mécanismes psychologiques et biologiques qui lient la mère à son petit ».

<sup>1480</sup> A rapprocher des développements sur la résilience, *supra*.

<sup>1481</sup> Pour un résumé de la littérature de l'époque : T.R. Insel, « Toward a Neurobiology of Attachment », *Review of General Psychology*, 2000, n° 8074 (2) 176-185 et en mode vulgarisation : M. Odent, *The Scientification of Love*, Revised ed. 2001 (en français : L'Amour Scientifié », ed. Jouvence, 2001.

elle le point sur les dernières connaissances en la matière<sup>1482</sup>. Leur point de départ est une revue des très nombreuses recherches révélant tant chez l'animal que chez l'homme quels sont les facteurs neuro-hormonaux (les hormones en cause étant : des neuro-stéroïdes, la prolactine, l'ocytocine, la vasopressine, des catécholamines et des endorphines) liés au comportement maternel de la mère, lesquels sont déjà apparent *avant* la naissance. Le mécanisme commun aux animaux et aux humains met en lumière les phénomènes biologiques suivants :

1. L'accouchement par voie basse augmente l'ocytocine cérébrale, ce qui facilite l'attachement néonatal mère-enfant ;
2. Les contractions utérines de la mère facilitent les compétences olfactives de l'enfant à la naissance (et donc sa reconnaissance de la mère) ;
3. La mère libère des hormones cortisol durant l'accouchement qui sont associées à une préférence très forte à la naissance pour l'odeur de son nouveau-né ;
4. Le contact peau-à-peau avec la mère venant d'accoucher et l'initiation de l'allaitement augmentent les taux d'ocytocine et chez la mère et chez le nouveau-né. Or l'ocytocine facilite considérablement la synchronie et l'attachement entre la mère et le nouveau-né, ainsi que la régulation mutuelle des émotions, des réactions au stress, de l'adaptation métabolique et du développement cognitif du bébé.

L'allaitement génère de l'ocytocine non seulement dans le corps (éjection du lait) mais en transmet aussi au cerveau, ce qui contribue donc à l'attachement initial ainsi qu'au maintien de l'attachement dans la durée entre la mère et l'enfant. Une recherche a d'ailleurs montré que les mères adoptantes qui allaitent réduisent de manière très importante<sup>1483</sup> les conséquences des traumatismes de l'enfant, notamment parce qu'elles renforcent considérablement la dyade entre elle et l'enfant et lui procurent en continu une source de réduction du stress, un relaxant et un analgésique naturels<sup>1484</sup>. Inversement il a été montré que les mères qui biberonnent ne répondent pas cérébralement (ce qui peut impacter leur comportement ensuite) aux cris et besoins de l'enfant<sup>1485</sup>. Cela ne signifie pas bien sûr que les mères qui biberonnent seront nécessairement moins aimantes ou moins attentionnées ; cela signifie que leur cerveau ne s'y trouve pas prédisposé par l'allaitement, et donc que le comportement de la mère est davantage intellectualisé que dans le cas d'allaitement. Il a été par ailleurs établi, dans une étude longitudinale de très grande envergure portant sur 7223 dyades mères-enfants durant quinze ans, que la durée de l'allaitement diminue le risque de négligence maternelle<sup>1486</sup>. Cette étude a aussi calculé que le risque de négligence et abus de la part de la mère était cinq fois supérieur lorsque la mère n'allaitait pas.

---

<sup>1482</sup> I.O. Fernández, M.A. Marín Gabriel, A. Gil-Sanchez, L.M. Garcia-Segura, et M. Angeles Arevalo, "Neuroendocrinology of childbirth and mother-child attachment: The basis of an etiopathogenic model of perinatal neurobiological disorders", *Frontiers in Neuroendocrinology*, 2014, n° 35: 459-472. V. aussi C.A. Pedersen, "Oxytocin Control of Maternal Behavior: Regulation by Sex Steroids and Offspring Stimuli", in C.S. Carter, I.I. Lederhendler, et B. Kirkpatrick (dir.), *The Integrative Neurobiology of Affiliation*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1999: 301-320.

<sup>1483</sup> Dans un contexte permettant la fondation filiative, v. *supra* p. 307 et s.

<sup>1484</sup> K.D. Gribble, "Mental health, attachment and breastfeeding: implications for adopted children and their mothers", *Int. Breastfeed. Journal*, 2006, n° 1, 5.

<sup>1485</sup> J.E. Swain, E. Tasgin, L.C. Mayes, R. Feldman, R.T. Constable, et J.F. Leckman, « Maternal brain response to own baby-cry is affected by cesarean section delivery », *J. Child Psychol. Psychiatry*, 2008, n° 49: 1042-1052; P. Kim, R. Feldman, L.C. Mayes, V. Eicher, N. Thompson, J.F. Leckman, J.E. Swain, "Breastfeeding, brain activation to own infant cry, and maternal sensitivity", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2011, n° 52(8): 907-915.

<sup>1486</sup> L. Strathearn, A.A. Mamun, J.M. Najman, et M.J. O'Callaghan, "Does breastfeeding protect against substantiated child abuse and neglect?" A 15-year cohort study", *Pediatrics*, 2009, n° 123: 483-493.

S'agissant de la GPA, lorsqu'elle existe, une recommandation particulièrement importante pour limiter les conséquences négatives de l'absence de MFA et d'hormones prénatales et natales de l'accouchement, serait donc de soutenir l'allaitement, lorsqu'il est possible et en tenant compte toutefois corrélativement des risques que présentent des stimulations importantes sur le plan hormonal, des mères initiataires, et que celles-ci, le cas échéant, allaitent aussi longtemps que possible, à l'image de ce qui est désormais recommandé en matière d'adoption de nouveau-nés ou jeunes bébés<sup>1487</sup>. Faute d'hormones, l'allaitement ne peut alors s'induire que dans le cadre d'une préparation prénatale assez contraignante et de l'administration de médicaments. Il n'est certes pas impossible, mais difficile à réaliser en pratique faute de praticiens de santé sachant comment soutenir ce processus. Aussi, en pratique, l'allaitement par la mère initiataire est-il très rare – au point que les seules études existantes sur ce sujet ne concernent que quelques cas cliniques uniques et ne se sont attachés qu'à monter la faisabilité médicale d'un tel allaitement<sup>1488</sup>. La pratique la plus répandue consiste donc à priver l'enfant d'allaitement de la part de la mère gestante précisément parce qu'il facilite l'attachement que la convention souhaite éviter<sup>1489</sup>. La réalité est donc qu'aucun des supports biologiques de l'attachement ne sont présents chez la mère commanditaire (ou d'intention selon le moment du processus où l'on se place) et que ceux qui existent chez la mère gestante sont niés, voire parfois prohibés par les contrats de maternité de substitution (ce qui ne répond pas toutefois à la question de leur efficience juridique en cas de conflit).

L'enfant est également programmé cérébralement et biologiquement pour s'attacher spécifiquement à celle qui l'a porté. Les recherches montrent qu'il reconnaît celle-ci à la vue<sup>1490</sup>, la voix<sup>1491</sup> et à l'odeur<sup>1492</sup>, ainsi qu'au son : il sait discriminer la voix de cette mère par rapport à celle d'une autre femme<sup>1493</sup>. Cette compétence a été acquise durant la gestation et se prolonge à la naissance<sup>1494</sup>. Ici encore, le constat est que l'enfant ne saura pas reconnaître à la naissance sa mère commanditaire, même bien sûr (cela a peu de poids pour l'enfant à ce moment-là) après que la maternité de cette dernière ait été établie dans les actes d'état civil (donc même

<sup>1487</sup> C.A. Bryant, "Nursing the adopted infant", *J Am Board Fam Me*, 2006, n° 19(4):374-379; N.J. Cheales-Siebenaler, "Induced lactation in an adoptive mother", *J Hum Lac*, 1999, n° 15(1): 41-43; S.L. Wittig, D.L. Spatz, "Induced lactation: gaining a better understanding", *MCN Am J Matern Child Nurs.*, 2008, n° 33(2):76-81; M.J. Thearle et R. Weissenberger, "Induced lactation in adoptive mothers", *Aust NZ J Obstet Gynaecol.*; 1984, n° 24: 283-286; O.R. Abejide, M.A. Tadese, D.E. Babajide, S.E.A. Torimiro, A.A. Davies-Adetugbo, R.O.A. Makanjuola, "Nonpuerperal induced lactation in a Nigerian community: Case reports", *Ann Trop Paediatr.*; 1997, n° 17: 109-114.

<sup>1488</sup> F.P. Biervliet, S.D. Maguiness, D.M. Killick et S.L. Atkin, "Induction of lactation in the intended mother of a surrogate pregnancy", *Human Reproduction*, 2001, n° 16(3): 581-583; M. Shiva, M. Frotan, A. Arabipoor et E. Mirzaaga, "A Successful Induction of lactation in Surrogate Pregnancy with Metoclopramide and Review of Lactation Induction", *International Journal of Fertility and Sterility*, 2009, n° 3(4): 191-194.

<sup>1489</sup> Pour l'Inde: A. Pande, "Not an 'Angel', not a 'Whore': Surrogates as 'Dirty' Workers in India", *Indian Journal of Gender Studies*, 2009, n° 16(2): 141-173; Pour les Etats-Unis où cela fait l'objet de stipulations contractuelles très détaillées: H.L. Berk, "The Legalization of Emotions: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor", *Law & Society Review*, 2015, n° 49(1): 143-177.

<sup>1490</sup> I.W. Bushnell, F. Sai et J.T. Mullin, "Neonatal recognition of the mother's face", *British Journal of Developmental Psychology*, 1989, n° 7(1):3-15.

<sup>1491</sup> W.P. Fifer, J. Gomes-Pedro, J.K. Nugent, J.G. Youn, T.B. Brazelton, "The fetus, the newborn, and the mother's voice", in J. Gomes-Pedro, J.K. Nugent, J.G. Young et T.B. Brazelton (dir.), *The infant and the family in the twenty-first century*, New York: Brunner-Routledge, 2002: 79-85.

<sup>1492</sup> R.H. Porter, J. Winberg, H. Varendi, B. Hopkins, S.P. Johnson, "Prenatal development of postnatal functions", in R. Porter, J. Winberg et H. Varendi (dir.), *Prenatal Preparation for Early Postnatal Olfactory Learning*, Westport, CT: Praeger Publishers/Greenwood Publishing Group, Inc, 2005: 103-129.

<sup>1493</sup> A.J. DeCasper et W.P. Fifer, "Of Human Bonding: Newborns Prefer their Mothers' Voices", *Science, New Series*, 1980, n° 208(4448) : 1174-1176.

<sup>1494</sup> S. Tyano et M. Keren, "The competent fetus", in S. Tyano, M. Keren, H. Herrman et J. Cox J. (dir.), *Parenthood and Mental Health. A bridge between infant and adult psychiatry*, Wiley-Blackwell, 2010: 23-30.

lorsqu'elle devient mère légale, sous réserve du jeu des actions qu'ouvre le droit en cas de conflit et de la question de la transcription<sup>1495</sup>).

Immédiatement après la naissance, chez tous les mammifères, se déroule ce qui a pu être appelée l'heure magique ou « sacrée » soit une, ou plutôt deux heures, qui suivent immédiatement l'accouchement par voie vaginale et se traduit lui aussi par une libération massive d'ocytocine, et d'autres hormones facilitant l'attachement. Il ne se produit qu'entre la mère accouchée et le nouveau-né à l'exclusion de toute autre personne. Si l'enfant est séparé de sa mère durant cette heure magique, par exemple pour réaliser des soins au nouveau-né, le tester ou le laver, l'attachement sera obéré<sup>1496</sup>, y compris mesuré un an après<sup>1497</sup> et, ce qui est inquiétant, il sera difficile à établir<sup>1498</sup>. C'est que dans ce contexte de nécessité évolutionniste et biogenico-neurologique fondamentale d'attachement durant cette heure d'accroche, toute séparation apparaît à l'enfant comme menaçant sa vie même<sup>1499</sup>.

Certes, ces changements au niveau cérébral chez la mère que ce soit chez les animaux ou chez les humains, interviennent seulement si la mère (donc la mère gestante) interagit effectivement avec son enfant. Ceci signifie donc que ces changements qui conduisent au comportement maternel n'interviendraient pas si la mère gestante ne s'occupe pas du tout de son bébé. Il en irait autrement si elle allaitait ou pouvait s'en occuper, des gestes qui lui sont précisément interdits dans la plupart des cas. Dès lors, en tout état de cause de tels changements n'existent tout simplement pas chez la mère initiataire. Celle-ci peut toutefois entrer en contact avec l'enfant pendant la grossesse, en touchant le ventre de la mère porteuse par exemple. La triste conclusion est en conséquence qu'aucune des « deux mères » de l'enfant ne s'attache à lui dans les conditions cérébrales, biologiques et hormonales augmentant ses chances d'être attaché de manière sécuritaire. Bien sûr, l'attachement peut se faire autrement, une mère adoptive en donnant l'exemple dans ses rapports à l'enfant lorsque l'adoption est réussie. Reste qu'un tel attachement ne pourra prendre appui sur le résultat de millions d'années d'évolution neurobiologique et sera plus complexe à établir, sauf à faciliter l'allaitement et des formes proximales de nurturance. De fait, séparer la mère et l'enfant à la naissance se traduit par des difficultés en matière d'attachement.

## § 5. L'impact de la séparation à la naissance

De nombreux travaux ont étudié les effets négatifs de la séparation du nouveau-né d'avec sa mère<sup>1500</sup> ne serait-ce que durant quelques minutes ou heures, ce qui a conduit d'ailleurs à des modifications des pratiques obstétricales en occident. En revanche ces pratiques sont toujours présentes en Russie et une recherche randomisée (donc d'un niveau scientifique maximal dans

---

<sup>1495</sup> V. *Supra* Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section II.

<sup>1496</sup> K. Mehler, D. Wendrich, R. Kissgen, B. Roth, A. Oberthuer, F. Pillekamp, A. Kribs, "Mothers seeing their VLBW infants within 3 h after birth are more likely to establish a secure attachment behavior: evidence of a sensitive period with preterm infants?", *J. Perinatol.* 2011, n° 31: 404–410.

<sup>1497</sup> K. Bystrova, V. Ivanova, M. Edhborg, A.S. Matthiesen, A.B. Ransjo-Arvidson, R. Mukhamedrakhimov, A.M. Widstrom, "Early contact versus separation: effects on mother–infant interaction one year later", *Birth*, 2009, n° 36: 97–109.

<sup>1498</sup> K. Bystrova et alii, *loc. cit.* .

<sup>1499</sup> R; Phillips, "The Sacred Hour : Uninterrupted Skin-to-Skin Contact Immediately After Birth", *Newborn & Infant Nursing Reviews*, 2013, n° 13: 67-72, spe. p. 68.

<sup>1500</sup> M.H. Klaus, J.H. Kennell, "Mothers separated from their newborn infants", *Pediatric Clinics of North America*. 1970, n°17(4):1015-1037.

l'échelle méthodologique dite de Maryland<sup>1501</sup>) russo-suédoise a ainsi pu montrer que lorsque les enfants étaient séparés de la mère la nuit dans une maternité, cela entraînait un moins bon attachement et une dyade mère-enfant de bien moindre qualité lorsque l'enfant avait un an<sup>1502</sup>.

Nous l'avons montré pour la première heure. Toutefois, lorsque la séparation se prolonge (comme lorsque l'enfant a été enlevé à sa mère gestante pour être confié à la mère initiatrice), cela est associé à une sensibilité maternelle réduite et à des formes de maternage dans l'ensemble moins secure durant les trois premières années<sup>1503</sup>. Il s'agit là de recherches scientifiques et longitudinales et non de recherches purement cliniques sur de petits groupes, comme les occidentaux favorables à la GPA en mènent en général (v. *infra*). Ils sont donc infiniment plus solides et apportent authentiquement une démonstration.

Des centaines de recherches portent sur les grands singes, avec qui nous partageons entièrement cet attachement vital à la naissance. Ces études ont montré que la séparation d'avec le nouveau-né ou l'enfant se traduit par les mêmes phases : 1) phase de hurlements et cris de terreur ; 2) puis phase de désespoir et de dépression. Pour des raisons éthiques évidentes<sup>1504</sup>, ces très nombreuses recherches ont été donc menées surtout sur des animaux et ont montré notamment des effets également physiologiques, causés par des réponses hormonales fortes et très négatives en cas de séparation<sup>1505</sup>. Le lecteur qui croirait que ces recherches ne concernent pas aussi l'être humain doivent méditer la phrase suivante de Stanley Graven : « *c'est une grave erreur de la part des professionnels qui fournissent des soins aux nouveau-nés, de supposer que les principes tirés d'études très prudentes ayant porté sur les animaux, ne s'appliquent pas aux humains* »<sup>1506</sup>.

Ceci étant, des études ont tout de même pu travailler à la fois sur des animaux et sur des humains. L'une d'elle a fait la revue de cette littérature portant sur les humains et révèle ainsi que même de courtes séparations, comme par exemple sur les enfants d'âge préscolaire (en France : les enfants de grande section de crèche et de maternelle) montrent que leur réponse au départ de leur mère par exemple pour accoucher d'un petit frère, sont identiques à celle des singes sur le plan comportemental et physiologique. Les enfants passent d'abord par une phase de protestation bruyante faites de pleurs, cris et agitation, puis par une phase de dépression qui dure hélas ensuite lorsque la mère revient. Lorsqu'elle revient l'on observe une réduction des affects positifs, une baisse de la fréquence cardiaque, du sommeil actif et du niveau d'activité, un niveau immunitaire plus bas, une modification de l'alimentation, un ensemble de troubles psycho-physiologiques qui sont associés à la dépression. L'enfant devient plus « collant », plus agressif et peut régresser sur le plan des acquis de propreté<sup>1507</sup>. Il est donc clair que des

---

<sup>1501</sup> D.J. Torgerson et C.J. Torgerson, *Designing Randomised Trials in Health, Education and the Social Sciences. An Introduction*, Palgrave, 2008.

<sup>1502</sup> Bystrova et alii, *op. cit.*

<sup>1503</sup> NICHD Early Child Care Research Network, "Child care and mother-child interaction in the first 3 years of life", *Dev. Psychol.* 1999, n° 35: 1399-1413

<sup>1504</sup> Même sur des animaux cela pose question, surtout au regard de l'évolution du droit sur le sujet. A relire : *La planète des singes* de Pierre Boule.

<sup>1505</sup> V. par ex. J.S. Meyer, M.A. Novak, R.E. Bowman et H.F. Harlow, "Behavioral and Hormonal Effects of Attachment Object Separation in Surrogate-Peer-Reared and Mother-Reared infant Rhesus Monkeys", *Developmental Psychobiology*, 1975, n° 8(5): 425-435; L. Bergamasco, R. Macchi, C. Facello, P. Badino, R. Odore, S. Pagliasso, C. Bellino, M.C. Osella et G. Re, "Effects of brief maternal separation in kids on neurohormonal and electroencephalographic parameters", *Applied Animal Behavior Science*, 2005, n° 10(3): 204-211.

<sup>1506</sup> S. Graven, "Early neurosensory visual development of the fetus and newborn", *Clin Perinatol.* 2004, n° 31(2)199-216

<sup>1507</sup> T. Field, "Attachment and separations in young children", *Annual Review of Psychology*, 1996, n° 47: 541-561.

séparations de courte durée avec la mère (quelques jours) ont des répercussions sévères sur l'état comportemental et biologique d'un petit humain.

Dans l'ignorance de l'impact à long terme des pratiques de GPA<sup>1508</sup>, mais au vu de ce que l'on sait de l'attachement prénatal et natal, de sa biologie et de ses conséquences, l'on ne peut qu'appeler à la plus extrême prudence devant ces manipulations à grande échelle de l'équilibre psychique d'enfants créés délibérément dans un tel contexte<sup>1509</sup>.

### **Section III. Les retombées éthiques, médicales et sanitaires**

Les connaissances relatives aux AMP classiques, hors GPA sont à présent bien établies et, surtout, peuvent désormais porter sur des enfants devenus adultes. Nous savons par exemple que le don d'ovocyte ou de sperme se traduit par de sérieuses difficultés identitaires et dans une étude récente portant sur 1511 enfants dont 560 étaient nés par don de sperme, mais aussi, pour comparaison, 560 par adoption et 560 par naissance biologique classique, tous devenus adultes et âgés de 18 à 45 ans, le premier groupe avait de sérieuses difficultés identitaires et environ la moitié de celui-ci avait de sérieuses difficultés à supporter l'idée d'avoir fait l'objet d'un échange économique<sup>1510</sup>. De nombreuses retombées de l'AMP restent toutefois méconnues (§ 1), ainsi que des retombées plus spécifiques au cas de gestation par personne interposée (§ 2).

#### **§ 1. Les retombées de l'assistance médicale à la procréation**

Indépendamment des questions liées à l'accès à l'assistance médicale à la procréation et à l'établissement des liens de filiation, le recours aux techniques reproductives n'est pas anodin. De nombreuses conséquences en découlent qui affectent notamment la santé des membres de la famille et les relations familiales.

S'il est vrai que les médecins vont avoir pour patients les futurs parents et se focaliser sur les suites de l'assistance médicale à la procréation les concernant, il est indispensable de porter aussi un regard sur les conséquences que peuvent avoir pour l'enfant les prouesses médicales, réalisées en France ou à l'étranger, qui ont favorisé sa naissance.

#### **A. Les retombées éthiques, médicales et sanitaires pour les parents**

Des différences notables doivent être relevées entre les prises en charge des candidats à l'AMP par des équipes médicales françaises et celles visant les personnes qui ont externalisé leurs demandes, allant même parfois jusqu'à recourir à des intermédiaires peu scrupuleux.

---

<sup>1508</sup> Les recherches, citées, portant sur le devenir de l'enfant à long terme souffrent de faiblesses méthodologiques et de biais culturels tels qu'ils ne permettent pas de conclure de manière ferme que les enfants issus de ces arrangements vont bien.

<sup>1509</sup> En ce sens v. not. M. Agnafors, "The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget", *Medical Health Care and Philosophy*, 2014, n° 17: 357-363.

<sup>1510</sup> E. Marquardt, N.D. Glenn, K. Clark, *My Daddy's name is Donor. A new Study on Young Adults Conceived through Sperm Donation*, Institute for American Values, 2010.

## 1. Les suites du parcours médical déroulé en France

Les personnes qui ont besoin de l'aide de la science pour procréer sont prêtes à tous les sacrifices, à tous les efforts pour devenir parents. Elles invoquent néanmoins fréquemment le « *parcours du combattant* » pour rappeler combien cette médicalisation à outrance peut peser dans leur vie familiale et influencer sur leur santé. En particulier, les méfaits de la stimulation ovarienne sont connus et des consignes sont données pour encadrer au mieux les pratiques<sup>1511</sup>. En France, seuls des centres agréés et contrôlés sont amenés à accompagner les candidats et à assurer leur suivi. Tout est fait avec beaucoup de sérieux<sup>1512</sup>, y compris quant au nombre d'embryons réimplantés pour ne pas risquer des grossesses multiples<sup>1513</sup>. Les donneurs sont aussi protégés, ainsi la donneuse d'ovocytes doit-elle être particulièrement informée des conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire, des risques et des contraintes liés à cette technique<sup>1514</sup>.

C'est bien pour garantir la santé de la future mère que sont posés des garde-fous jugés attentatoires à leur liberté par ceux qui voudraient « un accès à l'AMP pour tous ». Ainsi, interdire les inséminations artificielles et surtout les fécondations *in vitro* après un certain âge a, avant tout, pour objectif d'éviter des risques médicaux graves tels des éclampsies et des décès. Refuser que l'assistance médicale à la procréation soit utilisée à des fins de convenance personnelle participe réellement à la préservation de la santé des intéressés. En effet, les techniques médicales ne sont pas dénuées de tout risque et des séquelles peuvent être conservées, aussi est-il sage de les réserver, en cas de nécessité thérapeutique, aux seules personnes qui souffrent d'une infertilité avérée ou sont porteuses d'une maladie d'une particulière gravité.

Les encadrements de l'assistance médicale à la procréation rappellent encore que toute demande ne doit pas aboutir simplement parce que les intéressés expriment un désir d'enfant. Des considérations éthiques justifient ainsi le refus opposé à une jeune femme d'utiliser l'ovocyte de sa mère ou de sa belle-mère, à faire prélever le sperme de son défunt mari, à demander un don de sperme à son père ou son frère ou encore, entre autres, à faire naître un enfant vingt ans après son jumeau (en cas de conservation à outrance des embryons congelés). De telles dérives seraient autant de menaces si l'on devait reconnaître un « droit à l'enfant » et en tirer toutes les conséquences.

## 2. Les suites du parcours médical déroulé en partie à l'étranger

On peut se demander si les adeptes du « tourisme procréatif », comme d'ailleurs du tourisme médical, ou ceux qui explorent des pistes découvertes sur internet, mesurent toujours les dangers encourus<sup>1515</sup>. En effet, les effets pervers du développement du « marché de la

---

<sup>1511</sup> A relativiser car une étude a montré récemment que les FIV n'augmentent pas le risque de cancer du sein, *Le Figaro* du 22 juill. 2016.

<sup>1512</sup> Pour éviter la naissance de chimères ou franchir tous les interdits : X. Henry, Petite anticipation autour de l'utérus artificiel, *D.* 2016, 951.

<sup>1513</sup> Arrêté du 24 déc. 2015 pris en application de l'art. L. 2141-1 du CSP et modifiant l'arrêté du 3 août 2010, modifiant lui-même l'arrêté du 11 avr. 2008, relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation.

<sup>1514</sup> CSP, art. L. 1244-7, al. 2.

<sup>1515</sup> F. Taboulet, Interrogations éthiques relatives aux dons d'ovocytes dans le contexte français, *Médecine et Droit*, 2014, n° 129, p. 144. Adde « Devenir mère après 45 ans, la mise en garde des médecins », *Le Parisien* du 23 févr. 2016.



fertilité » sont souvent pointés, les officines contactées dans des pays ayant fait sauter les verrous ne garantissant pas toujours le respect de strictes règles sanitaires, en matière d'hygiène, de bilan médical ou de suivi des dossiers.

Recourir à des dons à l'étranger ou acheter des gamètes, voire des embryons, peut conduire à des suites dramatiques pour la mère et l'enfant. Faute d'avoir pratiqué certains tests, d'avoir pris certaines précautions, d'avoir tenté de dépister des maladies transmissibles, des effets collatéraux peuvent venir en effet menacer le bon déroulement de la grossesse. Les familles pourraient aussi se trouver confrontées à l'irruption du géniteur revendiquant des droits sur l'enfant dans tous les pays n'imposant pas l'anonymat des dons<sup>1516</sup>.

Il arrive aussi que, pour augmenter les chances de succès d'une fécondation *in vitro*, une forte stimulation ovarienne soit prescrite ou qu'un grand nombre d'embryons soit implanté, ce qui peut grandement nuire à la santé de la future mère et même être cause de décès. Accepter que des patientes soient très âgées est un autre facteur de risque qui n'est pas toujours bien mesuré par les intéressées et leur famille.

C'est aussi le suivi de la grossesse qui est problématique. D'une part, certains centres étrangers ou certains intermédiaires considèrent que leur mission est accomplie une fois la fécondation obtenue, se désintéressant des suites possibles. On notera d'ailleurs que, lorsque la prise en charge est au contraire assurée par eux, les actes médicaux incombent financièrement aux patientes, face quelquefois à un gouffre pécuniaire. Pour autant, les carences dans le suivi de la grossesse, notamment si le séjour à l'étranger se poursuit, peuvent avoir des suites dramatiques.

D'autre part, des femmes ayant pratiqué le tourisme procréatif ne révèlent pas souvent au médecin qui les suit en France quels médicaments ont été absorbés, quelles investigations ont été réalisées ou le recours à des gamètes extérieurs au couple. Cela peut pourtant être nocif pour leur santé, leur médecin ignorant totalement qu'il s'agit d'une grossesse particulière pour laquelle un renforcement de précautions s'impose et plus grave encore, l'enfant peut en pâtir.

## **B. Les retombées éthiques, médicales et sanitaires pour les enfants**

Différents dangers menacent également les enfants, pourtant souvent occultés par des candidats à l'assistance médicale à la procréation, obnubilés par leur désir de devenir parents<sup>1517</sup>. Il ne faut pourtant jamais perdre de vue l'intérêt des enfants programmés avec l'aide de la science.

### **1. La préservation de la santé des enfants**

Lorsque les parents se sont rendus à l'étranger, la santé des enfants peut d'abord être affectée par un défaut de contrôles sanitaires. Lorsque les donneurs de gamètes ou d'embryons n'ont pas été sérieusement recrutés, des maladies graves pourraient effectivement être transmises aux nouveau-nés. Ceux-ci peuvent aussi avoir à souffrir de défaillances dans le système reproductif. Ainsi lorsque le nombre d'embryons réimplantés est trop grand, les risques de grossesse gémellaires se multiplient conduisant à la naissance de prématurés, voire à des interruptions de

---

<sup>1516</sup> Les ressortissants de pays dans lesquels l'anonymat du donneur est levé préfèrent parfois s'adresser à des équipes médicales françaises pour que leur identité ne soit pas connue, constat relevé in I. Corpart, *Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ?*, préc.

<sup>1517</sup> G. Delaisi de Parseval, *Famille à tout prix*, Seuil, 2008.

la grossesse. Les complications tiennent souvent au fait que les parturientes n'ont pas révélé à leur médecin leur parcours à l'étranger et la réalisation d'une assistance médicale à la procréation.

Le manque de suivi de la grossesse de leur mère peut dès lors participer à une fragilisation des enfants. Il faudrait initier un meilleur encadrement de ces pratiques à l'international car, élargir l'accès à l'assistance médicale à la procréation – même dans de sages limites – pour réduire cette fuite vers l'étranger, tant pour la santé des mères que de leurs enfants, aurait aussi pour effet d'encourager le recours à l'assistance médicale à la procréation.

En matière de santé, certaines prouesses médicales ont aussi de quoi inquiéter. On sait déjà que l'on peut faire des tests pour éliminer des embryons qui ne sont pas sains et influencer sur le développement de ceux qui sont réimplantés. La science va désormais plus loin puisque la presse a fait état de la naissance d'un enfant « à trois parents<sup>1518</sup> » l'ovocyte de la mère ayant été couplé avec celui d'une donneuse, le noyau de l'ovocyte de l'épouse ayant été retiré pour être inséré dans le second ovocyte avant sa réimplantation après fécondation avec le sperme du père<sup>1519</sup>.

Dès le début de l'aventure de la médecine reproductive, des voix se sont élevées pour freiner certains médecins jouant à des apprentis sorciers. On mesure aujourd'hui les débordements possibles<sup>1520</sup>.

Lorsque l'enfant est issu d'un don, la délocalisation à l'étranger peut aussi empêcher les familles de se faire communiquer des données non identifiantes, notamment des informations de nature médicale qui pourraient être essentielles en cas de complication médicale pour l'enfant. A l'inverse, pour un don réalisé en France, il est parfois possible de contourner le secret de l'identité en cas de nécessité thérapeutique, les équipes soignantes pouvant accéder à certaines données, inaccessibles quand les démarches ont été externalisées<sup>1521</sup>.

En matière de santé, on peut craindre enfin des risques de consanguinité lorsque des précautions ne sont pas prises à l'étranger pour limiter le nombre d'enfants nés avec les gamètes d'un même donneur<sup>1522</sup>. Cette critique est néanmoins à relativiser lorsque les centres étrangers reçoivent des patientes en provenance du monde entier.

## **2. La prise en compte de l'intérêt des enfants issus de l'assistance médicale à la procréation**

Pour ne pas risquer de passer à côté des problèmes fondamentaux, la préservation des intérêts de l'enfant devrait demeurer la préoccupation première, même si les médecins ont affaire à des adultes en souffrance. L'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant oblige les décisionnels à en tenir compte, y compris en amont.

Pour les enfants, les suites des dérives de l'assistance médicale à la procréation peuvent en effet s'avérer douloureuses lorsqu'ils se retrouvent élevés par des parents très âgés, voire deviennent orphelins dans leur prime enfance en raison de la grande différence d'âge entre les uns et les autres. Ils doivent d'autres fois assumer le fait d'avoir été programmés après le décès de leur

---

<sup>1518</sup> *Le Monde* du 28 sept. 2016.

<sup>1519</sup> Voir déjà V. Depadt-Sebag, Le transfert nucléaire : un père, une mère, trois ADN, *RJPF* 2015-10/5.

<sup>1520</sup> Des chercheurs ont reproduit des souris sans recourir à des ovocytes, *Le Monde* du 15 sept. 2016.

<sup>1521</sup> CSP, art. L. 1244-6.

<sup>1522</sup> En raison de la pénurie des donneurs, en France, on est passé de 5 à 10 enfants en 2004 : CSP, art. L. 1244-4.

père, leur mère ayant voulu garder un lien affectif avec le défunt. Sans doute souffriraient-ils<sup>1523</sup> également de ne pas être élevés certaines fois par un père et une mère<sup>1524</sup>, même si cette idée de la famille est de plus en plus critiquée<sup>1525</sup>.

La fiction structurante qui charpente le droit de l'assistance médicale à la procréation conduit à rendre parents les deux membres du couple – indépendamment du lien génétique – car la réalité est masquée, tout laissant croire que l'enfant a été conçu comme d'autres. Il est encore plus délicat de lui faire croire qu'il n'est issu que d'un parent, la volonté de programmer un enfant uniquement pour soi étant sujette à caution. Et que dire lorsque l'assistance médicale à la procréation permet à une femme devenue homme à l'état civil en raison d'une nouvelle apparence de mettre au monde un enfant.

Il ne sera pas non plus toujours aisé pour les parents d'apporter à leur enfant, à sa demande, des précisions sur ses origines. La fragilité psychologique dont souffrent certains enfants tient bien parfois à la difficulté que rencontrent leurs parents de leur révéler qu'ils ont été conçus dans le cadre d'un voyage, en s'affranchissant des règles françaises.

Il est important que les parents qui ont contourné les interdits légaux aient conscience des difficultés auxquelles vont être soumis leurs enfants, mais toute vérité n'est peut-être pas bonne à dire à des familles fragilisées. Il appartient donc au Droit qui ouvre l'accès à l'assistance médicale à la procréation, en amont, de prévenir au mieux les dérives et retombées éthiques, médicales et sanitaires pour les parents et pour l'enfant. S'il s'avérait incapable de les endiguer, il faudrait repenser l'encadrement juridique de ces pratiques.

## § 2. Les retombées des pratiques de gestation pour autrui

Il est difficile d'évaluer les retombées des pratiques de gestation pour autrui. Les sociétés qui promeuvent la gestation pour autrui publient sur leurs sites des photographies de mères porteuses rayonnantes et de bébés souriants. Des auteurs, surtout à l'international mais aussi dans les pays occidentaux, défendent une « GPA éthique » en utilisant des expressions du type « la filiation et l'Odyssée », « faire de l'éthique », défendent une « filiation métissée », tout en critiquant l'acharnement procréatif<sup>1526</sup>. Certains auteurs présentent la GPA comme éthique parce qu'elle est encadrée par des clauses, des psychologues, des médecins (...) <sup>1527</sup>. Cette GPA dite<sup>1528</sup> « éthique » est opposée à la GPA pratiquée en Inde, par exemple.

---

<sup>1523</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section I.

<sup>1524</sup> On trouvait dans le *Rapport Braibant* une formule explicite : « deux parents et pas un de plus ; deux parents et pas un de moins » : CE, *Sciences de la vie, De l'éthique au droit*, Doc. fr. 1988, p. 57.

<sup>1525</sup> Voir en ce sens, la proposition de loi modifiant l'article L. 2141-2 du CSP, enregistrée à la présidence du Sénat le 18 oct. 2016 qui préconise d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation à tous les couples infertiles, qu'il s'agisse d'une infertilité médicale ou « sociale » (l'accès demeurerait toutefois fermé aux personnes agissant individuellement).

<sup>1526</sup> V. Par exemple L. Ravez, *Les amours auscultées. Une nouvelle éthique pour l'assistance médicale à la procréation*, *op. cit.* Ou encore I. Théry, in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde-représentations, encadrements et pratiques*, *op. cit.* : considérant qu'il n'est pas impossible de maintenir des interdictions nationales à côté de pratiques de GPA éthiques dans d'autres pays, tout en mettant en place un mode de régulation international des délocalisations, solution également défendue par H. Fulchiron, *ibidem*.

<sup>1527</sup> Par exemple, L. Ravez, préc.

<sup>1528</sup> V. Muriel Fabre-Magnan, L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » ? in *La famille en mutation*, *op. cit.*, 465-484., et v., du même auteur : « Une GPA éthique est impossible », *Le Figario Premium*, 10-05-2013. Notre recherche conclut également en ce sens.

Pour bien comprendre comment le terme éthique est ainsi associé à la GPA, il faut tenir compte de ce que beaucoup d'interlocuteurs qui acceptent la pratique de la GPA, y compris lorsque la GPA est interdite dans le pays où elle est ainsi pratiquée, se fondent sur une conception utilitariste de l'éthique, par opposition à la conception humaniste qui prévaut en France<sup>1529</sup>. En conséquence, tant que le nombre des drames recensés ne l'emporte pas sur celui des bienfaits (une famille heureuse avec le bébé), la GPA peut être qualifiée d'éthique. Dans une perspective humaniste<sup>1530</sup>, en revanche, toutes les retombées des pratiques sont prises en compte dans l'appréciation globale du processus<sup>1531</sup>.

Avant d'envisager l'analyse de ces retombées d'un point de vue éthique, médical et sanitaire (B), puis juridique (C) il est indispensable de procéder à une revue de littérature rigoureuse<sup>1532</sup> à l'échelle internationale (A).

### A. La revue de littérature à l'international

Ce paragraphe sera consacré au discours des mères gestatrices elles-mêmes, qui est le mieux rendu par des études de type ethnologiques.

**Etre mère gestante : narration, perception.** La littérature occidentale, celle des pays commanditaires, quelle que soit la méthodologie, est presque unanimement favorable à la GPA. Elle utilise une rhétorique du don, de l'altruisme, et affirme que les mères gestantes ne s'attachent pas aux enfants. Au contraire, la littérature des pays producteurs, essentiellement l'Inde, développe un discours fort critique, sur l'exploitation néocoloniale des femmes du tiers monde, contraire à leur dignité. Elles révèlent qu'un attachement se produit bel et bien entre ces femmes et leur fœtus, qu'elles considèrent comme appartenant à leur famille.

Relevons d'emblée et par ailleurs que seules les études indiennes traitent de cette question dans toutes leurs dimensions environnementales, communautaires et culturelles, tandis que les études occidentales sont précisément occidental-centrées, ce qui est un comble pour des études anthropologiques.

---

<sup>1529</sup> Sur cette distinction, v. P. Le Coz, Sur quoi repose la famille ? Approches philosophiques, in *Familles contemporaines. Le défi de l'éthique*, colloque Marseille, préc., 24 nov. 2016.

<sup>1530</sup> Selon I. Théry, le poids des « abolitionnistes » serait dû à la « culture bioéthique française » qui admet la pratique des dons mais en exigeant leur dissimulation de façon à ce que l'enfant soit « supposé » conçu traditionnellement. D'après la sociologue, l'anonymat exprimerait la négation de l'aspect « relationnel » par le droit français, *ibidem*.

<sup>1531</sup> Rapp. *infra* pages 364 et s.

<sup>1532</sup> Selon les critères développées dans la note méthodologique validée par la Mission Droit et Justice (cohorte suffisamment représentative, analyse étendue sur la durée, prise en compte des différents facteurs susceptibles d'influencer l'analyse etc,...). D'autres études, sociologiques, cherchent d'abord à situer ces pratiques dans leur environnement culturel et politique, v. D. Lance et Jennifer Merchant, Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux Etats-Unis, in Autour de la gestation pour autrui, dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, pp. 231-247, l'approche conduisant à présenter positivement l'anticipation, par le contrat, des problèmes qui peuvent se poser : « *Le contrat anticipe également les problèmes qui peuvent survenir, tels que des naissances multiples, la naissance d'un enfant affecté de maladies graves ou d'un handicap, l'avortement pour des raisons médicales, le divorce des parents d'intention, etc...* ». Et v. K. Parizer-Krief, A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande-Bretagne), in Autour de la gestation pour autrui, dossier, *ibidem*, pp. 217-230, montrant que, malgré les efforts pour assurer un cadre légal clair, la réalité est souvent plus complexe.

## 1. La littérature des pays demandeurs

La littérature occidentale, celle des pays « commanditaires », favorable à la GPA manifeste sa faveur pour ces modes de reproduction en utilisant un langage visant à dénier à la mère gestante son identité de mère et à ne l'attribuer qu'à la mère commanditaire. Elle parle ainsi de l'« *intended mother* » soit la *mère* d'intention, qualifiée ainsi de mère par opposition à la « *surrogate* » qui n'est dès lors pas identifiée en tant que telle<sup>1533</sup>. Ces labels<sup>1534</sup> participent d'une entreprise de transformation cognitive destinée à faire accroire que la seule mère qui compte est la mère sociale et d'intention et qu'il est possible de séparer intention et biologie, et nier que la gestation, la naissance et l'allaitement aient quoi que ce soit à avoir avec l'attachement et le sentiment d'appartenance familiale (*kinship*)<sup>1535</sup>.

Les études occidentales sont marquées par le déni du contexte culturel et de rapports inégalitaires de genre, où l'appareil sexuel et reproductif des femmes a toujours fait l'objet d'exploitation mercantile, et, notamment aux Etats-Unis, de logiques capitalistiques ainsi que, et inversement, de connotations religieuses qui permettent de donner une assise vertueuse au discours-déni en termes de « don » (*gift*) et d'altruisme<sup>1536</sup>, visant précisément à contrebalancer la dimension contractuelle et économique. Pourtant, le fait même de mener des études anthropologiques aurait en bonne logique dû permettre de s'affranchir enfin de la veine polémique de camps opposés l'un à l'autre et, précisément, de faire la part de la dimension sociétale et culturelle.

L'une des premières études anthropologiques occidentales sur le sujet remonte à 1994<sup>1537</sup>. Ragoné a recueilli le point de vue et mené un travail d'observation de longue durée tant auprès de mères gestantes que de couples commanditaires et d'agences de courtage et de gestion de GPA. Elle a opposé de manière très intéressante des contrats de GPA dit « ouverts » – où les commanditaires sont en lien avec la mère gestante – et des programmes dits « fermés », où le couple commanditaire choisit sa mère gestante sur la base de simples fichiers et ne la rencontre point ou uniquement lors de la signature du contrat et de l'adoption, un mode de GPA dans lequel la mère gestante est clairement ramenée au seul rôle d'utérus à louer et où l'enfant a la nature de produit. L'auteur tente dès lors de faire adhérer à l'idée que les GPA ouvertes sont plus humaines, mais elle ne peut nier les manipulations cognitives des couples comme des mères, réalisées par les agences chargées du placement et de la dimension médicale de la GPA, afin de leur faire adhérer au processus. Ainsi les parents commanditaires sont-ils encouragés par les agences à couper les ponts immédiatement ou à tout le moins très vite après la naissance. Ainsi encore les mères gestantes sont-elles poussées par les agences de placement à adhérer à et à utiliser la terminologie du don, ce par des techniques en mode lavage de cerveau que l'auteur elle-même, pourtant favorable à la GPA, qualifie de « la main lourde<sup>1538</sup> ». L'auteur montre encore comment les agences de placement font tout ce qu'elles peuvent pour éviter

---

<sup>1533</sup> Par ex; O.B.A. van den Akker, « Psychosocial aspects of surrogate motherhood », *Human reproduction*, 2006, n° 13(1): 53-62.

<sup>1534</sup> Dans le présent rapport nous avons décidé d'utiliser parfois l'expression de « mère d'intention » lorsque ces termes renvoient à une maternité légalement établie, et d'utiliser le terme de mère commanditaire en amont de la pratique, c'est-à-dire avant que cette dernière ne soit mère, légalement.

<sup>1535</sup> H. Ragoné, *Surrogate Motherhood. Conception in the Heart*, Boulder, Col, Westview Press, 1994, spe. p. 131.

<sup>1536</sup> En Iran, chez les shiites qui autorisent la GPA, la rémunération est limitée à la compensation des frais et coûts, mais n'inclut pas un gain : K. Aramesh, « Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns », *British Medical Journal*, 2009, n° 35: 320-322

<sup>1537</sup> Régoné, *op. cit.*

<sup>1538</sup> *Ibidem*, p. 38.

l'attachement entre la mère gestante et l'enfant, un point que l'ensemble de la littérature, qu'elle soit occidentale ou non, a clairement révélé de manière unanime.

L'ensemble des recherches montre aussi que les mères gestantes sont encouragées à se sentir très importantes, en charge d'une mission essentielle, au point qu'elles se sentent en échec et responsable si la grossesse ne prend pas ou s'achève par une fausse couche. Il n'est dès lors pas étonnant que Ragoné ainsi qu'une recherche antérieure aient pu révéler que les mères gestantes tendent à appartenir à des catégories de femmes souvent mères au foyer et de classe sociale ouvrières où la maternité est centrale dans l'identité personnelle<sup>1539</sup>. Nombre de recherches citées ici font état de ce que ces femmes aiment l'attention liée à la grossesse, aiment donc être enceintes, mais ne peuvent ni ne veulent nécessairement avoir d'autres enfants<sup>1540</sup>. D'ailleurs certaines agences américaines de GPA jouent sur cette dichotomie entre désir de grossesse et désir d'enfant, telle celle-ci dont le site internet titre dès la page d'accueil : « Vous avez eu votre dose d'enfants, mais vous adorez être enceinte ? Devenez mère porteuse ! »<sup>1541</sup> Une recherche semble au demeurant confirmer la dimension pathologique de la démarche, qui montre qu'une proportion significative de ces femmes ont perdu un enfant durant une précédente grossesse (avortement(s), fausse(s) couche(s))<sup>1542</sup>.

La dimension mercantile du côté de ces femmes est occultée, parce qu'elle est culturellement inacceptable, quoi qu'elle soit pourtant au centre de ces arrangements, notamment parce qu'il est aussi dérangeant d'être payée pour abandonner un enfant que de payer pour en obtenir un. De fait, des travaux économiques ont montré qu'il existait bien un fort tabou quant au marché économique de la reproduction, et donc, inévitablement, quel que soit le déni, relatif à l'achat et à la vente d'enfants<sup>1543</sup>. La rhétorique du don et de l'altruisme a dès lors en grande partie pour objet de surmonter ce tabou majeur entre les échanges profanes (les juristes diraient « dans le commerce ») et les échanges sacrés (les juristes diraient « hors commerce ») et de compenser pour la dissonance cognitive qui s'instaure ici inévitablement.

Une autre manière de nier la dimension mercantile de la relation contractuelle – moins choquante en Israël qu'aux USA où les femmes sont plus honnêtes à cet égard<sup>1544</sup> – est de mettre en avant l'existence d'une prétendue relation de qualité entre la mère gestante et le couple commanditaire, une relation qui les fait se sentir très spéciales et importantes, notamment lorsqu'il existe une notable différence sociale entre la mère gestante et le couple commanditaire<sup>1545</sup>. La réalité, toutefois, est que ces femmes se bercent le plus souvent

---

<sup>1539</sup> H. Hanafin, *Surrogate mothers: an exploratory study*, Thèse de Doctorat, California School of Professional Psychology, Los Angeles, 1984.

<sup>1540</sup> Par exemple, l'on peut s'interroger sur l'équilibre psychologique des femmes multipliant les gestations pour autrui alors que dans le domaine voisin de l'avortement, il a été montré que la différenciation entre grossesse et maternité, notamment en cas de répétition de l'avortement, était un signe de trouble mental, V. J. van Ditzhuijzen, M. ten Have, R. de Graaf, C.H.J. van Nijnatten, W.A.M. Vollebergh, "Psychiatric history of women who have had an abortion", *Journal of Psychiatric Research*, 2013, n° 47: 1737-1743

<sup>1541</sup> <http://corvallis.craigslis.org/etc/5224656856.html>, consulté le 10 oct. 2015.

<sup>1542</sup> P.J. Parker, "Motivation of surrogate mothers: Initial findings", *American Journal of Psychiatry*, 1983, n°140:117-119

<sup>1543</sup> E.C. Hirschman, "Babies for Sale: Market Ethics and the New Reproductive Technologies", *The Journal of Consumer Affairs*, 1991, n° 25(2): 358-390.

<sup>1544</sup> E. Teman, *op. cit.*, spe. p. 207 s.

<sup>1545</sup> H. Ragoné *op. cit.* spe., p. 68 s.

d'illusions, car les recherches montrent que la plupart du temps cette relation cesse dès la naissance ou se délite très rapidement, ces femmes se sentant alors trahies et tristes<sup>1546</sup>.

Sur l'attachement, les recherches occidentales invoquent au titre des succès de la GPA (et donc au profit de l'« éthique<sup>1547</sup> ») le fait que les mères gestantes ne s'attachent pas à l'enfant et qu'elles considèrent que l'enfant n'est pas le leur. Au-delà des risques que cela présente pour les enfants eux-mêmes, il est intéressant de montrer qu'une thèse déjà ancienne avait montré que ces femmes avaient tendance à être moins maternantes envers leurs propres enfants qu'un groupe de contrôle<sup>1548</sup>. Quoi qu'il en soit, les études portant spécifiquement sur l'état psychique des femmes gestantes montrent que contrairement aux poncifs, elles ne vont en réalité pas bien et expérimentent authentiquement une perte lors de la naissance<sup>1549</sup>, autant d'ailleurs de la relation avec les commanditaires à laquelle elles ont cru que quant à l'enfant. En d'autres termes, la réalité est que ces femmes se sont bel et bien attachées à leur fœtus<sup>1550</sup>, en dépit des reprogrammations et lavages cognitifs sus-évoqués<sup>1551</sup>. D'autres travaux auraient montré que certaines mères s'attachaient à cet enfant moins que des mères biologiques dans un contexte de conception classique<sup>1552</sup>, ce qui n'est pas surprenant au vu de la reprogrammation cognitive forte et constante que ces femmes subissent, mais aussi du plus faible soutien familial et social dont elles bénéficient durant leur grossesse<sup>1553</sup>. D'autres recherches ont par ailleurs montré que la dimension mercantile, sus-évoquée, les aide aussi à percevoir ce qu'elles vivent comme n'étant qu'un travail contre rémunération, quand bien même, culturellement, cette dimension ne peut être mise trop en avant<sup>1554</sup>.

Peu d'études s'intéressent aux pères, mais celles qui l'ont fait, révèlent qu'il est particulièrement dérangeant pour nombre d'entre eux de savoir une autre femme que leur épouse, enceinte d'eux<sup>1555</sup> – raison pour laquelle dans certaines religions, cela soit strictement impensable<sup>1556</sup> – si bien qu'une forme de sentiment de propriété peut se manifester à l'endroit de la gestante, au point que certains hommes ne voudraient pas qu'elle porte l'enfant d'un autre

---

<sup>1546</sup> Pour les USA: Ragoné, *op. cit.*, p. 80; Pour Israël : E. Teman, "The Medicalization of "Nature" in the "Artificial Body": Surrogate Motherhood in Israel", *Medical Anthropology Quarterly*, 2003, n° 17(1): 78-89 et son ouvrage:, 2010, *op. cit.*

<sup>1547</sup> Au point que certains auteurs n'hésitent pas à utiliser l'expression de "justice reproductive", S. Saravanan, « Liberty for whom ? Reproductive Justice and Surrogacy arrangements in India » in *La gestation pour autrui: resituer la France dans le Monde-représentations, encadrements et pratiques*.

<sup>1548</sup> R. Resnick, *Surrogate mother relationship early attachment and child relinquishment*, Thèse de Doctorat, Fielding Institute, Santa Barbara, California, 1989.

<sup>1549</sup> Une perte que personne ne semble guère prendre au sérieux, tant la demande, le marché économique sont pressants et le déni puissant. Comme le pronostiquait naguère Corea (G. Corea, *The Mother Machine. Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper & Row Publishers, 1985) « la tristesse de ces femmes sera-t-elle prise plus au sérieux par les hommes qui considèrent que les femmes sont des réceptacles à louer que la tristesse de la vache qu'ils ont considérée comme n'étant qu'une machine à reproduire des produits marchands, les veaux ? » (spe. p. 237 – notre traduction).

<sup>1550</sup> S. Berend, "Surrogate Losses: Understandings of pregnancy loss and assisted reproduction among surrogate mothers", *Medical Anthropology Quarterly*, 2010, n° 24(2): 240-262

<sup>1551</sup> E. Schenkel Lorraineau, L. Mazzucca, S. Tisseron et E.D. Pizits, "A cross-cultural study on surrogate mother's empathy and maternal-foetal attachment", *Medical Anthropology Quarterly*, 2014, n° 17(1): 78-89

<sup>1552</sup> S. Fischer, *Attachment and self-reported behaviors of surrogate mothers and non-surrogate mothers during pregnancy*. Thèse de Doctorat, Department of Psychology, Hofstra University, Hempstead, New York, 1990.

<sup>1553</sup> S. Fischer et I. Gillman, « Surrogate motherhood: Attachment, attitudes and social support », *Psychiatry*, 1991, n° 54: 13-20

<sup>1554</sup> H. Baslington, "The Social Organization of Surrogacy: Relinquishing a Baby and the Role of Payment in the Psychological Detachment Process", *Journal of Health Psychology*, 2002, n° 7(1): 57-71.

<sup>1555</sup> Ragoné, *op. cit.*, spe. pp. 122-123.

<sup>1556</sup> Par ex. en Iran, chez les Sunni : K. Aramesh, "Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns", *British Medical Journal*, 2009, n° 35: 320-322.

couple commanditaire<sup>1557</sup> et que d'autres adoptent délibérément une attitude distante vis-à-vis d'elle pour mieux se protéger de ces sentiments<sup>1558</sup>.

Une recherche importante menée en Israël<sup>1559</sup> (mais essentiellement de nature qualitative fondée sur des interviews et dont l'auteur est devenue impliquée elle-même dans le mouvement israélien en faveur de la GPA) a confirmé la rhétorique du don et de l'absence de lien avec l'enfant (il est vrai que la totalité de l'échantillon faisait l'objet et d'un don de sperme et d'un don d'ovocyte), ainsi qu'un discours chez ces femmes selon lequel elles ne seraient qu'un utérus, avec des formulations de type « four » ou « sac porteur ». Elle a trouvé par ailleurs qu'Israël se démarquait toutefois des USA en ce que s'y ajoutait un narratif s'appuyant surtout sur la médicalisation de la grossesse : l'enfant ne serait pas le leur *parce qu'il* aurait été conçu artificiellement<sup>1560</sup>. Reste que ces femmes gestantes étaient toutefois elles aussi fortement conditionnées par les institutions médicales et de placement pour raisonner de la sorte au point que plus de la moitié d'entre elles optaient, mais étaient aussi encouragées à le faire, pour une césarienne électorale à 38 semaines et ne voyaient ainsi même pas l'enfant à la naissance.

Inversement, les mères d'intention cherchent à s'approprier la maternité de l'enfant porté par une autre. Ainsi dans la recherche israélienne, pouvaient-elles faire état de ce que leur ovocyte avait été utilisé et que le sperme utilisé était celui de leur mari. Avant l'accouchement, elles se mettaient souvent à la place de future mère en achetant des objets pour l'enfant, s'occupant de préparer la chambre, etc. Pour autant, cela ne permettait nullement de remplacer le MFA prénatal ni au demeurant post natal<sup>1561</sup> au point que les mères gestantes pouvaient souvent s'inquiéter du manque de comportement maternant de ces commanditaires<sup>1562</sup> et que, sous d'autres contrées, les agences de placement ou autres intermédiaires travaillent à favoriser l'attachement de la mère commanditaire<sup>1563</sup>.

La littérature des pays « producteurs » – une littérature souvent soigneusement ignorée<sup>1564</sup> par les auteurs occidentaux – confirme qu'en réalité, les mères gestantes se sentent bel et bien une relation de type familial avec les enfants qu'elles portent.

## 2. La littérature des pays producteurs

Les auteurs des pays producteurs, particulièrement l'Inde, produisent des études de grande qualité, généralement de type ethnographique, qui incluent la culture et la communauté<sup>1565</sup>, bien

---

<sup>1557</sup> Ragoné, *op. cit.*, spe. p. 130.

<sup>1558</sup> E. Teman, "The Medicalization of "Nature" in the "Artificial Body": Surrogate Motherhood in Israel", *Medical Anthropology Quarterly*, 2003, n° 17-1): 78-89 et son ouvrage: Teman (2010), *op. cit.*

<sup>1559</sup> L'exemple d'Israël est ici intéressant car le contexte juridique y est particulièrement favorable, dès lors que l'Etat organise et admet la GPA.

<sup>1560</sup> E. Teman (2003), "The Medicalization of "Nature" in the "Artificial Body": Surrogate Motherhood in Israel", *Medical Anthropology Quarterly*, n° 17-1): 78-89 et son ouvrage: Teman (2010), *op. cit.*

<sup>1561</sup> Ibid spe. p. 126.

<sup>1562</sup> Ibid, p. 129 et A. Pande, "It May Be Her Eggs, But It's My Blood": Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India', *Qualitative Sociology*, 2009, n° 32: 379-397.

<sup>1563</sup> H.L. Berk, "The Legalization of Emotions", *op. cit.*

<sup>1564</sup> Par exemple /V. Savova, « Surrogacy and attachment. Assessment of psychological applicability for a gestational surrogate », in *La gestation pour autrui: resituer la France dans le Monde-représentations, encadrements et pratiques.*

<sup>1565</sup> Pour un appel en ce sens du côté des noires américaines, v. l'Association SisterSong : <http://www.sistersong.net/>.



loin des études ethnographiques occidentales essentiellement centrée sur la GPA elle-même. Loin du déni occidental, ces auteurs adoptent aussi un style particulièrement direct.

Ainsi rappellent-ils toujours que le tourisme reproductif est un marché exceptionnellement lucratif et en pleine explosion. L'Inde, en particulier, est un pays idéal pour ce type de tourisme : les prix sont très significativement inférieurs à ceux pratiqués en occident, pour autant, les touristes reproductifs trouvent des interlocuteurs parlant anglais<sup>1566</sup>, et ils sont assurés que les femmes gestantes seront dociles, contrôlées et monitorées, sans qu'ils aient à craindre qu'elles gardent l'enfant ou qu'ils aient à nouer une relation avec elle dans l'immédiat ou à la maintenir à l'avenir.

Ce commerce se situe à mi-chemin, d'une part, du travail de nourrice, qui permettait naguère aux femmes blanches et de classes supérieures, de confier les soins aux enfants à des femmes pauvres et/ou de couleur, et, d'autre part, de la prostitution, par l'exploitation de l'appareil sexuel et reproductif des femmes contre monnaie sonnante et trébuchante qu'il représente, et ce spécialement des femmes pauvres ou des couches sociales défavorisées. – au point que ces femmes se sentent précisément obligées de rappeler qu'elles ne sont pas des prostituées<sup>1567</sup>.

Ce travail s'appuie sur le marché mondial de l'infertilité, un marché devenu particulièrement performant à tenter de manipuler les esprits, et à en nier la dimension sexuelle, tout comme la dimension mercantile et l'objectification des femmes devenues corps interchangeable<sup>1568</sup>, ainsi qu'à mettre en avant en ses lieux et places la rhétorique du don sus-évoquée<sup>1569</sup>. Ce marché mondial exploite aussi bien la misère des mères gestantes que le désespoir des couples infertiles, ainsi au demeurant que les finances des sécurités sociales<sup>1570</sup>. Il est vrai qu'il a créé chez les couples infertiles une troisième option entre renoncer à l'enfant ou en adopter un, consistant à obtenir un enfant biologiquement sien ; une option qu'un nombre croissant d'entre eux sont amenés à préférer.

Loin de la rhétorique du don et du choix de la femme gestante<sup>1571</sup> – cette dernière étant mobilisée de manière identique dans le cas de la prostitution<sup>1572</sup> au point qu'une auteure

---

<sup>1566</sup> A. Bailey, "Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy", *Hypatia*, 2011, n° 26(4) 715-741

<sup>1567</sup> A. Pande, "Not an 'Angel', not a 'Whore....", *op. cit.*; A. Pande, "At least I am Not Sleeping with Anyone": Resisting the Stigma of Commercial Surrogacy in India", *Feminist Studies*, 2010, n° 36(2): 292-312.

<sup>1568</sup> Au point que l'on ait pu parler de la fongibilité des femmes en la matière: A.L. Cherry, "The Rise of the Reproductive Brothel in the Global Economy: Some Thoughts on Reproductive Tourism, Autonomy and Justice", *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2014, n° 17(3): 257-312

<sup>1569</sup> A. Majumdar, "The Rhetoric of the Womb. The Representation of Surrogacy in India's Popular Mass Media", in S. DasGupta & S. Das Dasgupta (dir.), *Globalization and Transnational Surrogacy in India*, Plymouth, UK, Lexington Books, 2014: 107-123.

<sup>1570</sup> V. les propos particulièrement vifs de l'un des pionniers du traitement de l'infertilité le prof. Robert Winston, *Daily Mail*; 3 septembre 2015.

<sup>1571</sup> A. Dworkin, *Right-Wing Women*, New York, Pedigee Book, 1983; A. Majumdar, "The Rhetoric of Choice. The Feminist Debates on Reproductive Choice in the Commercial Surrogacy Arrangement in India", *Gender Technology and Development*, 2014, n° 18(2): 275: 2301

<sup>1572</sup> Effectivement les points communs avec la prostitution sont considérables : une femme loue ses organes sexuels/reproductifs à durée déterminée ; l'être humain à qui appartiennent ces organes s'efface de la même manière derrière sa fonction sexuelle-reproductrice ; la femme agit sous couvert d'un proxénète-intermédiaire qui engrange l'essentiel du profit ; elle appartient généralement aux classes sociales défavorisées tandis que son cocontractant appartient aux classes sociales supérieures (et/ou dominantes, dans le cadre des rapports de genre) ; il existe une forte dimension Nord-Sud (le nord, consommateur, utilisant, le sud, fournisseur) ; il existe des rabatteurs trafiquants internationaux d'êtres humains, comme le présent rapport l'a démontré par ailleurs ; la même rhétorique du libre choix est mise en avant par les partisans et consommateurs. Au surplus, dans bien des cas, ces

féministe ait pu parler du marché mondial du « bordel reproductif »<sup>1573</sup> – la réalité est que les raisons qui mènent ces femmes à accepter de se soumettre aux très lourds traitements médicaux et à abandonner l'enfant qu'elles ont porté durant neuf mois dans des conditions semi-carcérales en Inde, se résument bien souvent au fait de devoir acquitter le montant d'une somme importante pour un proche malade, pour sauver la boutique de leur mari, pour survivre après le décès de ce dernier, ou financer les études de leurs enfants (une nécessité impérative appelée *majboori*).

Au demeurant, et à l'inverse du lavage de cerveau qu'on essaye de leur imposer, ces femmes recourent à de véritables extrêmes pour résister au discours en termes de choix<sup>1574</sup>. De fait, en réalité, ces femmes se rebellent<sup>1575</sup> contre les rhétoriques sus-évoquées et parviennent ainsi à récupérer une petite portion d'autonomie – de manière très similaire à ce que manifestent les travailleurs pauvres exploités – en insistant justement sur leur lien de parenté avec l'enfant<sup>1576</sup>. Pour ce faire, elles rappellent par exemple : « ce sont peut-être ses œufs, mais c'est mon sang » et « c'est mon labeur et ma sueur »<sup>1577</sup>, même si, par ailleurs, elles mobilisent la culture indienne pour expliquer qu'elles doivent abandonner l'enfant, à l'image de ce qu'elles auront à faire lorsque leurs filles se marieront et qu'elles appartiendront désormais à la famille de leur mari<sup>1578</sup>.

Les occidentaux aiment à raconter une histoire d'échange réciproque<sup>1579</sup> où chacun y trouve son compte, et où s'ils payent finalement très peu, les sommes en cause (entre 3000 et 12 000 dollars) étant présentées comme étant considérables pour ces femmes indiennes<sup>1580</sup>, qui peuvent ainsi gagner en autonomie<sup>1581</sup>. Cependant, la réalité est que pour la plupart d'entre elles, quelques mois ou années plus tard, elles sont contraintes de renouveler l'opération, car leur belle-famille ou leur mari ont pris et utilisé tout l'argent qu'elles avaient gagné ou encore l'argent a été entièrement utilisé pour une dépense importante (par ex. opération chirurgicale ou la dot de leur fille). Ces femmes demeurent donc exploitées en tant qu'indiennes, et en tant que pauvres, mais également en tant que femmes, en sorte que la GPA n'a fondamentalement pas changé le cours de leur vie ou leur situation<sup>1582</sup>.

En revanche, la rhétorique de la relation entre la femme gestante et le couple commanditaire ne peut être sérieusement avancée dans le contexte de l'Inde, dès lors que la plupart du temps, le couple occidental ne rencontre pas la femme enceinte et qu'à le supposer exister de manière minimaliste, lorsque l'enfant est né, une telle relation cesse immédiatement sans aucun contact

---

femmes n'ont en effet guère d'autre choix qu'entre la prostitution ou la GPA : A.L. Cherry, « The Rise of the Reproductive Brothel ... », *op. cit.*

<sup>1573</sup> A.L. Cherry, « The Rise of the Reproductive Brothel ... », *op. cit.* V. aussi A. Bailey, "Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy", *Hypatia*, n° 25: 715-722.

<sup>1574</sup> A. Bailey, *loc. cit.*

<sup>1575</sup> A. Pande, "Commercial surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker", *Journal of Women in Culture and Society*, 2010, n° 35(41): 969-992

<sup>1576</sup> *Ibid.*

<sup>1577</sup> A. Pande, "It May Be Her Eggs, But It's My Blood": Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India, *Qualitative Sociology*, 2009, n° 32: 379-397 – v. aussi A. Pande, *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press, 2014.

<sup>1578</sup> *Ibid.*

<sup>1579</sup> S. Rudrappa, « What difference does money make ? surrogate mothers in Bangalore, south India », in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le Monde-représentations, encadrements et pratiques*.

<sup>1580</sup> Un peu comme en matière de café, les pays occidentaux achètent une prestation en deçà de son prix réel: C. Humbyrd, « Fair trade international surrogacy », *Dev World Bioet*, 2009, n° 9 : 111-118.

<sup>1581</sup> Pour une présentation de cette rhétorique dans la presse : A. Bailey, *op. cit.*

<sup>1582</sup> A. Pande, *Wombs in Labor. op. cit.*, spécialement la conclusion.

ultérieur, nombre de couples occidentaux appréciant particulièrement de ne pas avoir à subir ces contacts comme ce serait plus volontiers le cas aux États-Unis par exemple.

Au surplus, ces femmes subissent un fort stigma, que ce soit d'ailleurs en occident ou en Inde. Il n'est pas facile d'expliquer à l'entourage que l'on est prêt à porter puis abandonner un enfant et ce pour de l'argent<sup>1583</sup>. En outre, en Inde, une difficulté supplémentaire tient à la connotation sexuelle forte que nous avons évoquée.

Un élément central dans ces travaux est qu'ils confirment et amplifient ceux des occidentaux en ce que ceux-ci avaient révélé que les équipes médicales et agences de placement mettaient en œuvre des efforts démesurés destinés à lutter contre l'attachement naturel qui se mettrait à défaut en place lors de la grossesse entre la mère et l'enfant<sup>1584</sup>. Les pressions sont, s'agissant de femmes pauvres et d'un niveau social inférieur, d'autant plus aisées mais dérangeantes qu'elles prennent appui sur la dépendance économique et la différence sociale. Ces femmes sont ainsi amenées à considérer qu'elles ne sont qu'un utérus, que l'enfant n'est pas le leur, et qu'elles ne font qu'effectuer un travail.<sup>1585</sup> La plupart des équipes médicales et agences de placement imposent qui plus est à ces femmes de vivre sur place durant toute leur grossesse, afin de pouvoir monitorer tous leurs faits et gestes, ce dans un régime quasi-carcéral où elles ne sont autorisées à voir leur famille, y compris leurs jeunes enfants, que de temps à autre durant des heures de visite<sup>1586</sup>.

Cette exploitation est à son comble avec le choix désormais possible et délibéré d'utiliser un ovocyte obtenu en Ukraine ou Europe de l'Est<sup>1587</sup>, et de faire porter l'enfant par une femme indienne ou, ailleurs, de couleur<sup>1588</sup>. Ici le choix est de produire un enfant blanc, mais peu important dès lors la couleur de peau de la mère porteuse ramenée au rôle de « four à pain <sup>1589</sup>», puisqu'elle ne transmet pas son ADN à l'enfant. Les indiens des classes supérieures eux-mêmes ne sont pas à l'abri de ce type de calcul, qui choisissent l'ovocyte d'une femme à la peau aussi claire que possible<sup>1590</sup>.

Certains auteurs soulignent que si la femme peut aussi aisément être ramenée au rang d'utérus et productrice, au point qu'un auteur a pu mener une comparaison particulièrement juste entre traitement des vaches reproductives avec des méthodes de fertilisation et une totale absence d'éthique médicale très similaires s'agissant des femmes<sup>1591</sup>, cela est parce que dans des cultures patriarcales, indiennes, mais aussi, même si cette dimension est plus ténue, occidentales, elle n'est véritablement reconnue comme mère de l'enfant que si elle l'a conçu ou désiré avec celui à qui elle appartient de manière conjugale<sup>1592</sup>.

---

<sup>1583</sup> A. Pande, "Not an 'Angel', not a 'Whore...", *op. cit.*

<sup>1584</sup> A. Pande, "Commercial surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker", *op. cit.*

<sup>1585</sup> A. Majumdar, "Nurturing an Alien Pregnancy: Surrogate Mothers, Intended Parents and Disembodied Relationships", *Indian Journal of Gender Studies*, 2014, n° 21(2): 199-224.

<sup>1586</sup> *Ibid.*

<sup>1587</sup> L. C. Ikemoto, "Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services", *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2009, n° 27(2), 277-309

<sup>1588</sup> D. Roberts, *Killing the Black Body: Race, Reproduction, and the Meaning of Liberty*. Pantheon Books: New York, 1997.

<sup>1589</sup> Selon l'expression de S. Agacinski, *Corps en miettes*, éd. Flammarion 2009, p. 8, p. 97.

<sup>1590</sup> L. Harrison, "“I am the baby's real mother”: Reproductive tourism, race and the transnational construction of kinship", *Women Studies International Forum*, 2014, n° 47: 145-156 ; A. Bailey, *op. cit.*

<sup>1591</sup> G. Corea, *op. cit.*, spe. pp. 60 s.

<sup>1592</sup> A. Nandy "Natural mother = real mother? Choice and agency among un/natural 'mothers' in India", *Women's Women Studies International Forum*, 2014, Online first doi:10.1016/j.wsif.2014.10.021

## B. Les retombées d'un point de vue éthique, médical et sanitaire

Nous avons vu (*ci-dessus*) qu'alors que les pays consommateurs-acheteurs tendaient à produire une littérature « empirique » – aux méthodologies souvent médiocres – favorable à la GPA (avec pour discours : « les mères porteuses sont normales ; elles ne s'attachent pas à l'enfant et cela n'est pas un problème ; elles font un « don » altruiste au couple consommateur-acheteur, lequel serait tout aussi normal, et les deux nouent une relation fondée sur ce « don » de soi »), les pays fournisseurs d'utérus à louer produisent quant à eux une littérature empirique mettant fortement en cause le mythe du « don », révélant la dimension commerciale, colonialiste et exploitatrice de ces « arrangements ».

Dans ce contexte, l'analyse des retombées éthiques, médicales et sanitaires de la GPA est délicate. La GPA sous sa forme moderne, i.e. avec insémination artificielle, étant encore relativement récente, des travaux de cette envergure et avec ce recul n'ont pu encore être produits pour ce point précis. L'on dispose en revanche de connaissances d'ordre médical fort inquiétantes sur les grossesses des mères gestantes.

### 1. Quelques données sur les conséquences biologiques, obstétricales et génétiques de la GPA

L'image angélique entretenue par la littérature occidentale, comme nous le verrons infra, liée à que la marchandisation des corps des femmes dans le monde occidental, d'où proviennent les commanditaires de contrats de GPA, conduit à entretenir un déni coupable quant aux conséquences obstétricales, biologiques et génétiques de cet acte<sup>1593</sup>. Il s'ensuit que faute d'informations, le public s'imagine qu'il s'agit d'un geste médical simple, rapide, indolore et sans conséquence. La réalité est tout autre. En premier lieu, les recherches successives ayant conduit finalement à une compétence médicale d'ailleurs toute relative en la matière, sont le résultat de décennies d'expérimentation sur le corps des femmes sans le moindre égard pour leur équilibre physique ou psychique<sup>1594</sup>. Encore aujourd'hui, pour réaliser ces implantations, des risques insensés sont courus par les femmes gestantes<sup>1595</sup>.

A l'opposé du déni occidental<sup>1596</sup>, la littérature des pays « producteurs » explique dans toute sa brutalité ce que représente la GPA : « Sont en premier lieu requis l'administration de pilules contraceptives et l'injection d'hormones, pour contrôler et supprimer les cycles ovulatoires de la surrogat. Puis des injections d'œstrogènes lui sont faites afin de préparer la paroi utérine. Après le transfert, des injections quotidiennes de progestérone sont réalisées, jusqu'à ce que son corps comprenne qu'elle est enceinte et peut supporter la grossesse par lui-même. Les effets secondaires de ces médicaments comprennent notamment des bouffées de chaleur, des sautes d'humeur, des maux de tête, des gonflements, des pertes de sang vaginales, des crampes

---

<sup>1593</sup> Pour sa part, et de manière particulièrement surprenante, l'Académie de Médecine s'y réfère, sans pour autant en tirer de conclusions en termes de prudence ou de protection de ces femmes : Académie Nationale de Médecine, *La gestation pour autrui eu regard du mariage entre personnes de même sexe*, 27 mai 2014.

<sup>1594</sup> G. Corea, *The Mother Machine. Reorioductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper & Row, 1986,

<sup>1595</sup> N.E. Reame, "The Surrogate Mother as a High-Risk Obstetric Patient", *Women's Health Issues*, 1991, n° 1(3): 151-154.

<sup>1596</sup> V. Encore pour une illustration d'un tel déni : E. Teman, « *Local surrogacy in a global circuit : the embodied intimacies of israeli surrogacy arrangements* », in *La gestation pour autrui: resituer la France dans le Monde-représentations, encadrements et pratiques*.

utérines, le gonflement des seins, des vertiges et de l'irritation vaginale »<sup>1597</sup> ainsi que de l'acné, des douleurs musculaires ou articulaires, de l'insomnie, des troubles urinaires et de la perte de densité osseuse<sup>1598</sup>. Ces femmes subissent jusqu'à dix injections par jour, certaines étant particulièrement douloureuses. L'on sait par ailleurs que l'administration d'hormones – dont certaines ne sont pas reconnues par les autorités sanitaires<sup>1599</sup> – et la stimulation ovarienne créent des risques de tumeurs ultérieures<sup>1600</sup>. Dans certains cas, des stéroïdes et antibiotiques sont également administrés pour éviter le risque d'inflammation et d'infection.

Une autre dimension obstétrique de la GPA est que nombre des femmes porteuses subissent des grossesses multiples<sup>1601</sup> dont les risques médicaux et pour les enfants et pour les mères sont largement documentés, la plupart de ces femmes n'ayant ni choix ni contrôle à cet égard<sup>1602</sup>. Dans le contexte indien, le paradoxe est toutefois que cette grossesse-là est plus protégée et suivie que leurs propres grossesses antérieures, sachant que « toutes les cinq minutes, une femme indienne décède de causes liées à la grossesse et pour chaque femme qui meurt, trente autres développent des pathologies chroniques et débilitantes »<sup>1603</sup>.

Les GPA se traduisent justement par un bien plus grand nombre de complications à la naissance<sup>1604</sup>, dangereuses pour la mère comme pour l'enfant et aux conséquences à long terme délétères elles aussi déjà bien connues<sup>1605</sup>. Ceci a de plus des conséquences épigénétiques<sup>1606</sup> ce qui augmente les risques de malformations des enfants à naître, les recherches sur les technologies reproductives étant à cet égard particulièrement inquiétantes<sup>1607</sup>.

De fait, sans surprise, les mères gestantes préfèrent la GPA traditionnelle (avec fertilisation de leur propre œuf avec le sperme du père) afin d'éviter précisément les conséquences médicales

---

<sup>1597</sup> A. Pande, "Not an 'Angel', not a 'Whore... , *op. cit.* spe. p. 147, notre traduction

<sup>1598</sup> V. sur le site RxList The Internet Drug Use, équivalent américain du Vidal public : <http://www.rxlist.com/lupron-side-effects-drug-center.htm>.

<sup>1599</sup> The Center for Bioethics and Culture Network, *Drugs Commonly Used for Women in Gestational Surrogacy Pregnancies*,

<sup>1600</sup> Sama Resource Group for Women and Health., *Unraveling the fertility industry: challenges and strategies for movement building*. New Delhi: International Consultation on Commercial, Economic, and Ethical Aspects of Assisted Reproductive Technologies, 2010.

<http://www.samawomenshealth.org/downloads/Final%20Consultation%20Report.pdf>

<sup>1601</sup> J. Pelzman, " "Womb for Rent": International Service Trade Employing Assisted Reproduction Technologies (ARTs)", *Review of International Economics*, 2013, n° 21(3) 387-400, spe. p. 389.

<sup>1602</sup> K. Vora, "Potential, risk and return in transnational Indian gestational surrogacy", *Current Anthropology*, 2013, n° 54(7), S97-S106

<sup>1603</sup> A. Bailey, "Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy", *Hypatia*, 2011, n° 26(4) 715-741, Spe. p. 729. Notre traduction.

<sup>1604</sup> J. Parkinson, C. Tran, T. Tan, J. Nelson, J. Batofin, P. Serafini, "Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy", *Hum. Reprod.*, 1999, n° 14 : 671-676.

<sup>1605</sup> M. Herzog-Evans, "Primal Health", in M. Herzog-Evans (dir.), *Transnational Criminology Manual*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, Tome I: 355-370.

<sup>1606</sup> T.M. Nafee, W.E. Farrell, W.D. Carroll, A.A. Fryer et K.M.K. Ismail, "Epigenetic control of fetal gene expression", *BJOG An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 2007, n° 115:158-168. Encore un risque que l'Académie de Médecine mentionne, mais balaye d'un revers de main en rassurant que bien des choses peuvent se réparer après la naissance, sans en fournir pour autant la moindre démonstration scientifique. Académie de Médecine, *La gestation pour autrui eu regard du mariage entre personnes de même sexe*, 27 mai 2014.

<sup>1607</sup> V. not. La revue de la littérature de M. Hansen, C. Bower, E. Milne, N. de Klerk & J.J. Kurinczuk, « Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects – a systematic review », *Human Reproduction*, 2005, n° 20(2): 328-338 et l'étude de l'Association Américaine de Pédiatrie, *In Vitro Fertilization Linked to Increased Risk for Birth Defects*, 2012.

les plus lourdes de la GPA avec don d'ovocyte et de sperme<sup>1608</sup>, un modèle qui est toutefois de moins en moins apprécié des occidentaux commanditaires. Par ailleurs, lors de la naissance, n'étant pas supposées être « la mère », leurs difficultés médicales ou psychologiques sont largement ignorées<sup>1609</sup> car, dans un tel contexte, seule la famille commanditaire est reconnue.

## 2. Les conséquences connues de la GPA sur les familles et les enfants

Sur ce point, les recherches tendant à trouver que les enfants et les parents vont bien<sup>1610</sup>. Toutefois, leurs faiblesses méthodologiques sont importantes : la plupart d'entre elles reposent sur de petits échantillons (quelques dizaines comparés à des centaines, voire des milliers dans le cadre de recherches longitudinales) ; très peu comportent des groupes de contrôle, invalidant ainsi toute pertinence scientifique de leurs résultats ; peu intègrent de l'observation intensive et objective du comportement de l'enfant, y compris en dehors de son cadre familial ; toutes sont essentiellement de nature qualitative ne permettant pas plus de calculer ne serait-ce que des corrélations, sans parler de la moindre causalité, ni même de tirer des conclusions généralisables ; nombre d'entre elles ne corrigent pas pour des variables confondants pourtant essentiels, tels que le niveau socio-économique et l'éducation des parents ; et aucune ne corrige pour l'existence d'une séparation immédiate à la naissance ou ultérieure, l'existence ou non d'un allaitement par la mère non-gestante, ou les modalités de la naissance (notamment césarienne par opposition à naissance voie basse), pas plus que l'existence ou non de violences corporelles « éducatives » ou encore de parentalité dure (par exemple de type « *harsh verbal punishment*) ou distale dans le contexte familial par opposition, par exemple, à du maternage proximal et non agressif ou violent.

Peu de recherches signalent par ailleurs si les enfants connaissent la vérité quant à leur naissance. Aucune recherche n'a au surplus observé des adolescents, alors même que c'est essentiellement à partir de cet âge que les difficultés identitaires ou d'attachement sont le plus visibles, pour ne pas dire bruyantes<sup>1611</sup>. Autant dire que ces recherches ne corrigent pas pour des variables ou biais interprétatifs majeurs et les ignorent purement et simplement et, disons le plus brutalement encore, qu'elles ne démontrent rien.

Ainsi une recherche ne s'est-telle par exemple fondée que sur la passation de questionnaires remplis par les parents eux-mêmes, une méthode classique en sociologie inadaptée en matière scientifique, qui plus est biaisée par le fait qu'elle était donc auto-déclarative, et a prétendu en tirer des conclusions favorables en termes d'ajustement des enfants nés par GPA<sup>1612</sup>. Cette autre passe largement sous silence sa méthodologie, mais l'on devine entre les lignes qu'il s'agit

---

<sup>1608</sup> V. Jadvá et S. Imrie, "The significance of relatedness for surrogates and their families", in T. Freman, S. Graham, F. Edtejah et M. Richards (dir.), *Relatedness in Assisted Reproduction. Families, Origins and Identities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014: 162-177, spe. p. 169.

<sup>1609</sup> E. Teman, "The Medicalization of "Nature" in the "Artificial Body": Surrogate Motherhood in Israel", *Medical Anthropology Quarterly*, 2003, n° 17(1): 78-89 et son ouvrage: E. Teman, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, Berkeley, University of California Press, 2010.

<sup>1610</sup> Encore récemment : L. Blake, A longitudinal Study of surrogacy families : parenting and child development from infancy to adolescence, in *La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde-représentations, encadrements et pratiques*, op. cit.

<sup>1611</sup> En revanche l'on sait que ces difficultés sont fortes chez ceux nés de dons de sperme : E. Marquardt, N.D. Glenn et K. Clark, *My Daddy's name is Donor. A new Study on Young Adults Conceived through Sperm Donation*, Institute for American Values, 2010. L'annonce de l'origine réelle est souvent source de confusion chez ces enfants: D.R. Beeson, P.K. Jennings et W. Kramer, « Offspring searching for their donors: how family type shape the process », *Human Reproduction*, 2011, n° 26(9) : 2415-2424.

<sup>1612</sup> K.H. Shelton, J. Boivin, D. Hay, M.B.M. van den Bree, F.J. Rice, G.T. Harold, et A. Thapar, "Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies", *International Journal of Behavioral Development*, 2009, n° 33: 385-392.

essentiellement d'entretiens sur un petit échantillon manifestement sélectionné au hasard et s'autorise à en conclure que la perception du lien avec l'enfant n'était pas différente selon qu'il est né de manière traditionnelle, par GPA traditionnelle (sans lien génétique avec la mère commanditaire, mais avec don de sperme du père commanditaire) ou par GPA avec don d'ovocyte et de sperme)<sup>1613</sup>. Notons toute de même que cette recherche semble montrer que toutes les personnes concernées se sentaient en lien familial (*kinship*) avec ces enfants, sans pour autant les considérer totalement comme étant leurs propres enfants, et pour les autres enfants de la fratrie nés naturellement, sans les considérer totalement comme étant leurs frères ou sœurs, y compris en présence pourtant d'un lien génétique.

Une étude un peu plus sérieuse a été menée par Golombok *et alii*<sup>1614</sup>, lesquels ont comparé les enfants nés par GPA et les enfants nés par dons de gamètes et ont montré sur la base de divers tests psychologiques que les enfants nés par GPA semblaient mieux ajustés à l'âge de sept ans que les enfants nés par don de gamète, ce qui fait dire aux auteurs que c'est surtout l'absence de lien génétique qui soulève des difficultés. Toutefois, la cohorte était de trop petite taille pour tirer des conclusions statistiques et, comme les autres, cette recherche ne corrigeait pas, au regard des principales variables confondants sus-évoqués. Ces auteurs avaient antérieurement mené une série de recherches sur 80 familles d'enfants conçus normalement et 51 avec don d'ovules, puis les avaient comparées à 42 familles commanditaires de GPA<sup>1615</sup>. C'était donc a priori une recherche un peu plus sérieuse que les précédentes, car comportant deux groupes de contrôle, et étant par ailleurs de nature longitudinale. Il faut toutefois noter que cette recherche, qui va jusqu'à conclure à la supériorité du modèle GPA sur le modèle naissance biologique naturelle, n'avait pas plus contrôlé pour les variables les plus importants sus-signalés *supra* et notamment n'avait pas même mesuré le niveau économique, alors qu'il y a toutes chances de penser que les familles GPA ont des revenus plus élevés. Aucune indication non plus ne portait sur l'âge des parents ou si l'enfant connaissait sa situation<sup>1616</sup>. Or, et surtout, la recherche devait commettre des erreurs méthodologiques majeures car elle avait comparé des familles totalement non comparables, dès lors que, par exemple, dans les familles GPA, l'enfant GPA était généralement le premier né, tandis que dans les autres il y avait beaucoup plus d'enfants. Mesurer ensuite la qualité de la relation parent-enfant, de son investissement et de la satisfaction maritale dans des contextes aussi différents, lorsque l'on connaît le poids sur une famille, le moindre investissement pour le nouveau-né que représente la famille nombreuse manquait pour le moins de rigueur. La recherche n'avait par ailleurs pas non plus vérifié si le désir d'enfant

---

<sup>1613</sup> V. Jadva et S. Imrie, "The significance of relatedness for surrogates and their families", in T. Fremanet alii, *op. cit.*: 162-177.

<sup>1614</sup> S. Golombok, L. Blake, P. Casey, G. Roman et V. Jadva, "Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, n° 54(6): 653-660.

<sup>1615</sup> S. Golombok, C. Murray, V. Jadva, F. MacCallum et E. Lycett, "Families created through surrogacy arrangements: parent-child relationships in the 1st year of life", *Developmental Psychology*, 2004, n° 40(3): 400-411; S. Golombok, F. MacCallum, C. Murray, E. Lycett V. Jadva, "Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2006, n° 47(2):213-222; S. Golombok, C. Murray, V. Jadva, E. Lycett, F. MacCallum, J. Rust, "Non-genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3", *Human Reproduction*, 2006, n° 21(7):1918-1924; S. Golombok, J. Readings, L. Blake, P. Casey, C. Murray, A. Marks et V. Jadva, "Families created through surrogacy arrangements: mother-child relationship and psychological adjustment at age 7", *Developmental Psychology*, 2011, n° 47(6): 1579-1588.

<sup>1616</sup> Alors même que ces auteurs ont trouvé par ailleurs que les enfants ignorant leurs origines s'ajustaient moins bien que les autres : S. Golombok, J. Readings, L. Blake, P. Casey, L. Mellish, A. marks, V. Java, "Children conceived by gamete donation: psychological adjustment and mother-child relationships at age 7", *Fam Psychol*, 2011, n° 25(2):230-239.

était de même intensité avant la naissance, un biais pourtant considérable. La recherche a donné lieu à quatre « *sweep* » (i.e. nouveaux examens de la cohorte à plusieurs reprises ; le propre des études longitudinales) : à un an, à deux ans, à trois ans et à sept ans. Précisément et lors du 4<sup>e</sup> *sweep* toutefois, la correction de certaines variables socio-économiques devait être introduite, et conduire cette fois à des résultats quelque peu différents et notamment montrer que les mères commanditaires d'une GPA avaient un maternage moins positif que celles des enfants nés dans la famille à naissance biologique. Il est à noter que cette recherche ne s'est pas poursuivie lorsque les enfants ont atteint l'adolescence, un travers commun en notre matière.

Les biais personnels des auteurs sont par ailleurs patents dès le début de la lecture de nombres d'écrits produits par des occidentaux, soient appartenant à des pays commanditaires. Parmi les auteurs les plus manifestement favorables à la GPA l'on trouve notamment Van den Akker, qui fait tout de même état dans une revue de la littérature chez les mères gestantes d'un important stress en fin de grossesse, à la naissance et au moment de l'abandon de l'enfant<sup>1617</sup>, alors même que l'on connaît les conséquences particulièrement délétères à long terme du stress durant la grossesse<sup>1618</sup>. La conclusion est qu'il est quasiment impossible de tirer la moindre conclusion sérieuse sur le plan scientifique, sur un tel sujet, ce que reconnaissent les auteurs les plus sérieux, même lorsqu'ils sont manifestement favorables à la GPA<sup>1619</sup>.

### C. Les retombées juridiques

Dans le contexte ci-dessus analysé à l'échelle mondiale, il convient à présent d'analyser quelles sont les retombées juridiques des pratiques de gestation pour le compte d'autrui. Trois grandes retombées peuvent être dégagées : la marchandisation de l'enfant<sup>1620</sup> ; la marchandisation du corps féminin et, enfin, l'exploitation de la femme.

#### 1. La marchandisation de l'enfant

Le phénomène de marchandisation de l'enfant à naître dans les opérations de gestation pour autrui se perçoit à travers la place que prend la rémunération lors des négociations contractuelles, que celles-ci soient menées par des intermédiaires ou par les parties elles-mêmes. Que la convention soit conclue à titre gratuit ou à titre onéreux la disproportion flagrante<sup>1621</sup> entre les frais réels et l'indemnité prévue dans le second cas permet de conclure au caractère onéreux de la convention dans tous les cas.

Il peut difficilement être soutenu que l'enfant n'est pas objet d'un contrat à titre onéreux dès lors que, précisément, la conception et l'abandon, ou plus précisément la remise<sup>1622</sup> physique

---

<sup>1617</sup> O.B.A. Van den Akker, "Surrogate mothers", in S. Tyano, M. Keren, H. Herrman et J. Cox (dir.), *Parenthood and Mental Health. A bridge between infant and adult psychiatry*, Wiley-Blackwell, 2010: 37-49. Dans le même sens, v. not. N. Reame et J. Parker, "Surrogate parenting: clinical features in 44 cases", *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 1990, n° 13(1): 1220-1225.

<sup>1618</sup> M. Herzog-Evans, "Primal Health", *op. cit.*

<sup>1619</sup> J. Cicarelli et L.J. Beckman, "Navigating rough waters: an overview of psychological aspects of surrogacy" *J. Soc. Issues*, 2005, n° 61(1): 21-43.

<sup>1620</sup> Selon Madame Fabre-Magnan, le risque principal de marchandisation réside, dans les pratiques de GPA, dans la marchandisation de l'enfant, *La gestation pour autrui, Fictions et réalités*, éd. Fayard 2013.

<sup>1621</sup> V. *Supra*, études des clauses, Partie I, Chapitre II, Section II, § 3, pages 131 et s.

<sup>1622</sup> Des pratiques qui heurtent la convention relative à l'abolition de l'esclavage, V. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, préc. : le deuxième chapitre est intitulé « Des enfants produits ». Sur l'application de la Convention de 1926 (Convention relative à l'esclavage, Genève, 25 sept. 1926), V. M-X Catto, *La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?*, *La revue des droits de l'homme* 3/



de l'enfant sont l'objet même de la convention conclue entre les parents commanditaires et la mère porteuse. Le Conseil d'état<sup>1623</sup>, à la suite du CCNE<sup>1624</sup>, l'a clairement reconnu :

La finalité de la gestation est clairement affichée dès la première section des conventions de maternité de substitution. Il s'agit de permettre au commanditaire – un couple ou une personne seule – d'obtenir un enfant issu, dans la mesure du possible de leur patrimoine génétique, par l'intermédiaire d'une femme qui le porte pour l'abandonner à la naissance<sup>1625</sup>. Sous cet éclairage, il est évident qu'une partie des frais dus par les commanditaires à la gestatrice représentent une contrepartie à l'abandon de l'enfant. En conséquence, l'éventuelle mort *in utero* du bébé entraîne le remboursement des frais aux commanditaires<sup>1626</sup>.

Il ne s'agit pas toutefois exactement d'une vente d'enfant<sup>1627</sup> car l'objet du contrat est d'abord la conception (la « fabrication ») de l'enfant. La catégorie juridique qui correspond le mieux à l'opération de gestation par personne interposée est le contrat d'entreprise. En effet, on retrouve les caractéristiques de ce contrat dans les conventions de gestation pour autrui : un contrat dont l'enfant serait la chose à réaliser, sa conception étant l'ouvrage, l'enfant est l'objet principal du contrat. Ainsi, l'objet du contrat est l'enfant lui-même. C'est en cela qu'il y a marchandisation de l'enfant. De même qu'une vente portant sur un enfant est exclue, un contrat d'entreprise dont l'objet est un enfant n'est pas envisageable, puisque l'enfant n'est pas une chose dans le commerce. D'où la nullité de tels contrats, et leur interdiction, y compris au pénal, sur le territoire français (C. civ., art. 16-7).

Ainsi, la gestation pour autrui fait entrer l'enfant à naître dans le champ contractuel. Or, en droit international, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant condamne formellement « *tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage* » qu'il qualifie de « *vente d'enfant* »<sup>1628</sup>. La gestation pour autrui répond à cette définition, la « fabrication de l'enfant » s'ajoutant à la vente du « produit fini ». Il y a donc bel et bien, dans la gestation pour autrui, réalisation d'une vente d'enfants - le contrat d'entreprise englobant en l'occurrence une vente- au sens du droit international.

Il est possible de considérer qu'il serait juridiquement faux de parler de vente d'enfant lorsque ce dernier est issu d'un embryon préexistant à la gestation. Plus précisément, les termes du contrat ne porteraient alors, au sens strict, que sur les conditions de la gestation et non sur l'enfant lui-même. Le contrat peut être dès lors qualifié de contrat d'entreprise et non de vente : il s'agit de fabriquer l'enfant qui va se développer dans le ventre de la mère porteuse. La qualification de contrat d'entreprise s'impose même quand les matériaux ne sont pas « fournis » par l'entrepreneur, ce qui est le cas en l'occurrence<sup>1629</sup>. Or, les dispositions précitées du droit

---

2013, n° 15 : « L'exercice de l'un des attributs du droit de propriété sur une personne -et l'enfant né est une personne - dont la cession ou la vente font partie, est susceptible d'être qualifié d'esclavage », l'auteur démontrant que la minorité de l'enfant empêche que soit retenue dans les argumentaires la qualification d'esclavage, l'argument étant alors que seuls des droits sur l'enfant sont cédés.

<sup>1623</sup> CE, Ass., 22 janvier 1988, n° 80936, Rec., p. 36-37 : « (...) en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant (...) ».

<sup>1624</sup> CCNE, avis n° 3 du 23 octobre 1984 : (cette pratique) « réalise la cession d'un enfant ».

<sup>1625</sup> *Ibidem*.

<sup>1626</sup> *Ibidem*.

<sup>1627</sup> V. Glossaire.

<sup>1628</sup> Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, signé le 25 mai 2000, art. 2-a.

<sup>1629</sup> Cas dans lequel l'embryon provient des gamètes des commanditaires (rare dans les faits) ou a été fabriqué à l'aide d'un don d'ovocyte (situation la plus fréquente).

international s'appliquent à un contrat d'entreprise qui comporte alors malgré tout une vente pour tout ce qui est ajouté à l'embryon pendant la conception du fait de l'échange biologique avec la mère porteuse. En outre, l'argument convainc encore moins lorsque la mère porteuse est également la mère biologique de l'enfant. Certes, le cas est peu fréquent<sup>1630</sup> – notamment parce que les commanditaires souhaitent, dans la mesure du possible, réduire le lien entre la gestatrice et l'enfant à naître<sup>1631</sup> – mais il n'est pas inexistant et, dans certains pays, se trouve favorisé pour permettre à la gestation pour autrui de réussir (la réussite est plus facile à obtenir en ce cas<sup>1632</sup>) ; cela s'observe aussi lorsqu'il s'agit de gestations pour autrui intrafamiliales<sup>1633</sup>.

Les contrats ne s'y trompent pas : ils prévoient « la remise<sup>1634</sup> » de l'enfant au couple commanditaire, comme dans une vente ou dans un contrat d'entreprise portant sur un bien meuble. L'enfant se trouve réduit au statut de marchandise et la transaction dont il fait l'objet tombe sous le coup des interdictions du droit interne français et du droit international.

## 2. La marchandisation du corps féminin

Dans l'hypothèse – rare en pratique – d'une convention conclue à titre gratuit, l'hypothèse d'une gestation pour autrui respectueuse du corps humain et de la dignité humaine est illusoire. A la supposer avérée, la gestation pour autrui dite éthique n'éloignerait pas le spectre de la patrimonialisation du corps humain parce que cet aspect est consubstantiel de la gestation pour autrui. En effet, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit, la gestation pour autrui reprend toujours la même recette : une femme utilise son corps comme un outil de travail<sup>1635</sup> afin de satisfaire la commande d'un couple ou d'un individu qui dispose du capital nécessaire pour obtenir l'enfant rêvé. De là à développer un marché de la gestation pour fabriquer le bébé parfait, il n'y a qu'un pas qui a été allègrement franchi.

Ces pratiques réduisent la femme à sa fonction gestatrice et l'instrumentalisent. La femme – ou plus exactement le corps féminin – fait ainsi son entrée dans l'économie de marché.

Il en résulte inévitablement une forme d'emprise exercée par les parents commanditaires sur le corps et la personne de la mère porteuse. Concrètement, que la gestation pour autrui soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit, les commanditaires s'arrogent le droit de régir la vie de la gestatrice qui devient « leur chose », qui leur est soumise<sup>1636</sup>.

Depuis l'abolition de l'esclavage, aucune personne n'aurait volontairement accepté de remettre son corps et sa vie entre les mains d'autrui et de faire ainsi l'objet d'une location, contrat de nature patrimoniale. Sous l'angle de la mère porteuse, en effet, l'opération juridique s'analyse en un bail : pour satisfaire son engagement consistant à fabriquer l'enfant à l'aide de son propre organisme puis à le remettre, une fois fini, aux commanditaires, la mère porteuse accepte corrélativement de mettre son corps à disposition moyennant rétribution ou *a minima*

---

<sup>1630</sup> V. *Annexes*, tableau n° 2.

<sup>1631</sup> *Supra* pages 131 et s.

<sup>1632</sup> Interview de médecins spécialisés pendant la grossesse.

<sup>1633</sup> V. *Annexes*, tableau n° 1.

<sup>1634</sup> La mère porteuse est censée « remettre » l'enfant (v., *supra* pages 131 et s), si bien que l'enfant ne sera pas « abandonné » au sens commun de ce mot, R. Letteron, *Le droit de la procréation*, Paris, PUF, Que sais-je ? 1997, p. 89.

<sup>1635</sup> Certaines femmes considèrent d'ailleurs leur gestation pour autrui comme une option plus attractive que d'autres emplois pour s'émanciper financièrement ou atteindre un rang social plus élevé. En ce sens, voir D. Lance et J. Merchant, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux Etats-Unis », *loc.cit.*

<sup>1636</sup> V. *Supra* : l'étude des clauses, Partie I, Chapitre II, Section II, § 3, pages 131 et s.

indemnisation qui en tiennent lieu. La convention de gestation par personne interposée est ainsi un contrat complexe associant les mécanismes du contrat d'entreprise, de la vente et du bail.

Les publicités mettent en avant le fait que certaines femmes désireraient vraiment porter un enfant au bénéfice d'autrui afin de rendre service à un couple stérile. Tout reposerait donc sur le consentement de la mère porteuse. Pour que le consentement de cette dernière soit valable et, donc, efficient, encore faut-il qu'il soit libre et éclairé, en particulier que la mère porteuse reçoive information de toutes les suites et risques encourus. Or, les pressions affectives, sociales, ou économiques dont font l'objet les futures mères porteuses sont de nature à rendre quasiment impossible un contrôle rigoureux de la qualité du consentement et de s'assurer de son maintien pendant tout le processus, du début de la grossesse au jour de l'accouchement. Les clauses étudiées montrent bien que le consentement de la mère porteuse est secondaire : la non-remise d'enfant y constitue bien souvent une atteinte au contrat conclu avec les commanditaires<sup>1637</sup>. Surtout, un consentement, même de qualité, ne pourrait permettre à une personne de disposer de son corps à titre onéreux. Ou alors il faudrait supprimer de nos principes généraux le principe de l'indisponibilité du corps humain et laisser la porte ouverte au marché de l'humain. Derrière la marchandisation<sup>1638</sup> du corps féminin, il y a l'exploitation de la femme<sup>1639</sup>.

### 3. L'exploitation de la femme

Dans la plupart des cas examinés, l'extrême précarité de la mère porteuse est patente. En conséquence, la gestatrice est alors une proie facile à convaincre et à dominer pendant toute la durée d'exécution du contrat. C'est le cas de Minakshi Shirodkar, la mère porteuse d'Emilie Foulon, qui gagne moins de 50 € par mois alors qu'elle a sa charge ses parents âgés, son frère, son épouse et leur enfant. Telle est la situation, également de Kristina, la mère de Kolia Boren, qui a besoin d'argent pour prendre son indépendance vis-à-vis de ses parents et élever seule son enfant. Pushpa Kharat, la mère de Romain et Adrien Bouvet, est sans profession et sans soutien financier au moment des faits<sup>1640</sup>.

Les cas de gestation pour autrui avec implication sur le territoire français ne démentent pas ce schéma. C'est le cas des jeunes femmes Roms qui vivent dans une misère sociale profonde ; la jeune femme de Blois, violée par son père pendant son adolescence, a été décrite par les experts psychiatres comme souffrant de carences affectives et éducatives majeures, avec une très faible estime d'elle<sup>1641</sup>.

On peut citer également les affaires relevant de filières africaines dans lesquelles l'autorité exercée par les anciens sur les jeunes générations est généralement très forte. Par exemple, dans une affaire jugée par le Tribunal de grande instance de Nanterre le 7 avril 2014<sup>1642</sup>, une jeune Togolaise est choisie par l'un de ses oncles et envoyée en France pour porter l'enfant que son épouse ne peut avoir. L'instruction a montré que, non seulement elle n'était pas informée de la

---

<sup>1637</sup> V. les traductions des différentes conventions, Partie I, Chapitre II, Section II § 3, pages 131 et s.

<sup>1638</sup> Sur le développement d'un « marché de la maternité », v. AM Frison-Roche (sous la dir. de), *La maternité face au marché*, colloque Sciences-po Paris, 3 déc. 2014.

<sup>1639</sup> Sur l'exploitation économique du corps féminin, v. not. *Corps en miettes* de S. Agacinski, préc. Sur les droits et libertés fondamentales auxquels renonce la femme dans la pratique de la GPA, V. M. Fabre Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, éd. Fayard, préc. Sur l'idée de faire de l'égalité des sexes un argument d'ordre public faisant obstacle à la pratique de la GPA, V. M-X Catto, *La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? La revue des droits de l'homme*, 3/ 2013.

<sup>1640</sup> Pour tous ces exemples, voir, en annexe, le tableau n° 2.

<sup>1641</sup> Pour tous ces exemples, voir, en annexe, le tableau n° 1.

<sup>1642</sup> T. corr. Nanterre, 7 avril 2014, inédit.

raison des actes médicaux pratiqués sur elle ; mais surtout, qu'elle vivait sous la coupe de ses oncle et tante plus âgés. Cette affaire, particulièrement sordide, montre que l'éventualité d'une gestation pour autrui intrafamiliale n'exclut en aucun cas les pressions. Plus grave encore, on sait que certaines femmes ont été soumises à des violences physiques et parfois sexuelles avant de se résigner à mettre leur corps au service d'autrui<sup>1643</sup>.

A l'inverse, le ou les parent(s) commanditaire(s) est/sont généralement dans des situations affectives, sociales ou financières solides. L'opulence matérielle, en particulier, est un trait commun à tous les commanditaires dans les dossiers étudiés. Cela ne surprend pas : le recours à la gestation pour autrui coûte cher. La moins onéreuse est celle qui est pratiquée en Thaïlande (environ 20.000 \$) ; pour une GPA américaine, il faut compter pas moins de 100.000 \$. Il est donc souhaitable, pour qui souhaite y recourir, avoir des revenus confortables. A titre d'exemple, on peut citer le cas de Didier Foulon, qui est architecte ; celui de Dominique Boren, juriste, et de son compagnon, chef d'entreprise ; ou encore celui du couple Mennesson qui est composé d'une énarque et d'un ingénieur automobile<sup>1644</sup>. Cette dépendance économique, sociale et affective<sup>1645</sup> introduit une forme d'exploitation de la mère porteuse par les commanditaires et par les sociétés qui l'organisent. Pourtant, de nombreuses femmes qui acceptent de porter l'enfant d'autrui prétendent ne pas se sentir sujettes à exploitation, notamment parce que certaines fixent elles-mêmes leurs tarifs, sans l'intermédiation d'une agence<sup>1646</sup>. Mais la différence de classe et les inégalités économiques entre les différents acteurs de la gestation pour autrui montrent que l'idée d'une GPA altruiste est un leurre.

Quoi qu'il en soit, à rebours de ce qu'affirment haut et fort les promoteurs de la gestation pour autrui, cette nouvelle forme de procréation conduit bel et bien à la patrimonialisation du corps humain. Qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit, que l'on s'attarde sur le sort réservé à l'enfant ou sur celui de la mère porteuse ou même sur celui de la donneuse, la gestation pour autrui repose sur l'exercice d'un droit patrimonial sur le corps d'autrui. Le plus grave est que l'entrée du corps humain dans l'économie de marché aboutit à de nouvelles formes d'exploitation tout simplement incompatibles avec notre système juridique et le respect de la personne humaine.

## **Conclusion :**

De fortes manipulations et même reprogrammations cognitives des femmes<sup>1647</sup>, dont la réussite est évoquée par certains chercheurs occidentaux comme preuve de l'efficacité des agences de

---

<sup>1643</sup> Déclaration de la COMECE, spéc. p. 8, *op. cit.*

<sup>1644</sup> Pour tous ces exemples, voir, en annexe, le tableau n° 2.

<sup>1645</sup> Notre étude de cas le démontre. Pour des interrogations légitimes sur la liberté de la mère porteuse, v. P. Tourame, *Quelle liberté pour la mère porteuse ? Autour de la gestation pour autrui*, Dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, *loc. cit.*, pp.275-288, spéc. p. 288 : « *Au regard des pratiques internationales actuelles, l'argument que la GPA transfigure une relation d'intérêts réciproques en acte d'altruisme paraît bien irréaliste face aux puissances conjuguées du désir et de l'argent* ».

<sup>1646</sup> A propos des femmes ukrainiennes, voir D. Lance et J. Merchant, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux Etats-Unis », *loc. cit.*

<sup>1647</sup> Le résultat est qu'il arrive que l'enfant ne bénéficie ni d'attachement de la mère gestante ni d'attachement de la mère d'intention pour les motifs que nous avons explorés. On observe parfois, comme le montrent d'autres recherches, un attachement bilatéral partiel. La raison en est que la nature est souvent plus forte et ces femmes développent fréquemment des formes d'attachement envers les enfants qu'elles portent, au point de s'inquiéter lorsque les mères commanditaires ne s'attachent pas, quant à elles, à l'enfant. Le paradoxe est que ces femmes doivent s'attacher suffisamment à l'enfant pour adopter, durant la grossesse, le comportement adéquat qui permet de le protéger suffisamment, tout en ne s'y attachant pas assez pour refuser *in fine* de l'abandonner à la naissance.

GPA<sup>1648</sup>, doivent être menées inlassablement par les médecins et agences de placement afin que les mères porteuses ne s'attachent pas à l'enfant. La réalisation de cet objectif s'effectue le plus souvent dans un cadre parfois carcéral ou, à tout le moins, semi-carcéral<sup>1649</sup> (Inde) ou de contrôle total<sup>1650</sup> sur les femmes et leur comportement (USA)<sup>1651</sup>.

Les pressions exercées sur les mères gestatrices questionne au demeurant l'intégrité du consentement contractuel<sup>1652</sup>, mis en avant par les commanditaires et la littérature qui entretient leur déni ; le mythe de l'autonomie de la volonté contractuelle touche ici ses limites face à l'exploitation des pays pauvres et des corps de femmes et à la domination occidentale<sup>1653</sup>. En outre l'un des « écueils éthiques les plus frappants » de telles pratiques tient au fait que ce sont en réalité les couples commanditaires qui contractent avec une structure de soin-agence de placement, laquelle va alors administrer des « soins » à une tierce personne, la mère gestante<sup>1654</sup>. La dimension commerciale du commerce de l'enfant (« commande d'enfant<sup>1655</sup> »)<sup>1656</sup> et le traitement des corps des femmes en tant que machine reproductrice, spécialement des femmes pauvres du tiers monde, qui avait été prédite par la féministe Gena Corea<sup>1657</sup>, selon le mot qui n'est dès lors point excessif, de « four à pain » formulé par la philosophe Agacinski<sup>1658</sup>, nous paraît particulièrement inquiétante, spécialement dans sa dimension exploitatrice. Les enjeux sociétaux corrélatifs, y compris de l'AMP « sociétale » en général, ne doivent pas être négligés.

---

<sup>1648</sup> O.B.A.. van den Akker, “Psychosocial aspects of surrogate motherhood”, *op. cit.*

<sup>1649</sup> A. Majumdar, “Nurturing an Alien Pregnancy...”, *op. cit.*

<sup>1650</sup> Un autre écueil est celui du contrôle total des femmes, tantôt semi-incarcérées et contrôlées 24/24 dans des hôtels-foyers indiens, tantôt, en occident, tenues par des stipulations contractuelles extravagantes et par le contrôle tatillon du couple commanditaire. L'étude des stipulations contractuelles des contrats de GPA américains fait état de centaines d'interdictions et obligations particulièrement détaillées, par ex. ne pas utiliser de vernis à ongle, ne pas boire de café, ne pas faire trop de sport, mais faire de l'exercice physique, ne manger que biologique, ne pas utiliser tels produits ménagers ou des fours à micro-ondes, etc. H.L. Berk, *op. cit.*, v., *supra* Partie I, Chapitre II, Section II, pages 124 et s.

<sup>1651</sup> H.L. Berk, “The Legalization of Emotions...”, *op. cit.*

<sup>1652</sup> R. Deonandan, S. Green et A. van Beinum, “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism”, *Journal of Medical Ethics*, 2012, n° 38: 742-745.

<sup>1653</sup> En ce sens not. A.L. Cherry, *op. cit.*

<sup>1654</sup> Deonandan, S. Green et A. van Beinum, *op. cit.*, notre traduction.

<sup>1655</sup> M. Pichard, *loc. cit.*

<sup>1656</sup> E.C. Hirschman, “Babies for Sale: Market Ethics and the New Reproductive Technologies”, *The Journal of Consumer Affairs*, 1991, n° 25-2): 358-390; D.L. Spar, *The baby Business. How money, science, and politics drive the commerce of conception*, Boston, MA, Harvard Business School Press, 2006.

<sup>1657</sup> G. Corea, *op. cit.*, spe. p. 2 : L'auteur pronostiquait : « il n'y aura pas de grande demande d'ovocytes de femmes de couleur, mais qu'il y aura une forte demande pour leur utérus » - notre traduction.

<sup>1658</sup> S. Agacinski, *Corps en miettes*, Flammarion, 2009, *op. cit.*

## Chapitre II. Les enjeux sociétaux

*Les conséquences au sociétal d'une rupture d'ordre anthropologique<sup>1659</sup> amorcée pour satisfaire des demandes de « droit à l'enfant »*

Les retombées des pratiques de « droit à l'enfant » sont importantes. Inmanquablement<sup>1660</sup>, elles impactent aussi la structure, l'organisation et le fonctionnement de la société, spécialement lorsque le droit les consacre, ou les favorise. Partir du fait pour produire du droit remet en cause le rôle normatif de l'Etat. Comme le souligne Pierre Legendre : « *Anthropologiquement, les Etats servent à exprimer, à l'échelle de la culture moderne, la logique de la limite dans l'ordre de la reproduction. « Instituer la vie » (je reprends la formule des Romains) signifie : une mère est une mère, un père est un père, les enfants sont les enfants. Sous une apparente simplicité, le montage de la différenciation subjective et sociale notifie l'interdit majuscule, à savoir que les catégories généalogiques, qui sont des catégories logiques, ne sont pas à la disposition de l'individu, mais l'œuvre de la Cité<sup>1661</sup>.* » Occulter ce rôle du Droit (« *logique de la limite* ») a des conséquences importantes à l'échelle du sociétal : les institutions sont ébranlées<sup>1662</sup> (Section 1). Corrélativement, ces pratiques ont des répercussions sur l'exercice de la médecine (Section 2). Enfin, la souveraineté nationale se trouve mise à l'épreuve sous l'angle de la coercition (Section 3).

### Section I. Les enjeux au regard du rôle des institutions

*« En touchant à ce qu'il y a de plus fondamental dans les sociétés humaines – la reproduction, la filiation, la parenté –, les évolutions de la biomédecine provoquent un ébranlement de nos représentations<sup>1663</sup> ».*  
Jacques Commaille

*« Comme l'avait souligné l'anthropologue Louis-Assier-Andrieu, l'ensemble du domaine de la parenté, doté jusqu'il y a peu d'une naturalité allant jusqu'à la sacralité dans les*

---

<sup>1659</sup> Il y a rupture anthropologique en ce que les questions analysées ne relèvent pas de l'autorité politique ou de la société, mais de la nature (engendrement). Le politique ne devrait donc pas avoir de prise sur ce qui relève exclusivement du donné, le sujet ayant été toutefois compliqué sur le terrain factuel par les prouesses techniques accomplies dans le domaine de la biomédecine, v. *infra* pages 354 et s. Ce bouleversement d'ordre anthropologique a des conséquences au plan sociétal.

<sup>1660</sup> Au moment du vote de la loi française du 17 mai 2013, certains ont affirmé que cette loi « *n'impliquait rien concernant la PMA « pour toutes » ou la GPA* », mais que « *Ce qui est certain, c'est que les plus ardents promoteurs de cette loi visaient, à travers elle, un changement du droit de la famille et de la filiation* », O. Rey, Le discours sur les droits de l'homme est devenu fou, Entretien figarovox, 05/08/2016.

<sup>1661</sup> L'« *essuie-misères* », Entretien avec Pierre Legendre, *Le monde de l'éducation*, préc., spéc., pages 35 et 36.

<sup>1662</sup> V. O. Rey, Entretien, *loc. cit.* : « *A long terme, il est difficile de se prononcer. Depuis plusieurs décennies, nous surchargeons l'édifice social et juridique de tourelles postmodernes par ci, d'encorbellements rococos par là, sans nous préoccuper des murs porteurs qui n'ont pas été prévus pour ce genre de superstructures, et qui donnent d'inquiétant signes de faiblesse. Si les murs finissent par s'écrouler, toutes ces « avancées » dont on s'enchantait aujourd'hui s'écrouleront* ».

<sup>1663</sup> J. Commaille, Préface, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, op. cit.

représentations, est désormais susceptible d'entrer dans le champ de la délibération politique »<sup>1664</sup>. Tout se discute ; tout pourrait être supprimé, amputé, désossé. Vraiment tout ? Pour mieux cerner ce à quoi il ne faut pas toucher sans risques de conséquences graves à l'échelle de la Cité<sup>1665</sup>, il est urgent de se pencher sur le rôle des institutions dans le domaine du droit des personnes et de la famille.

La parenté est un lien familial institué<sup>1666</sup>. Les pratiques analysées ont des conséquences sur le lien de filiation unissant l'enfant à son père ou à sa mère.

## § 1. La filiation

*« Enveloppé dans les langes et les paroles de ceux qui l'aident à naître, l'homme arrive dans le monde du 'pourquoi ?' Il entre dans le mystère d'être là. Ainsi se fabrique la raison de vivre. Si la Raison se désintègre, la vie dans notre espèce périra. »*  
Pierre Legendre

Les termes entretiennent un lien étroit avec l'institution qui y répond. Cela tient au substrat à la base de toute construction juridique : la réalité dans laquelle celle-ci puise son ancrage. C'est le cas de la filiation, tout au moins dans ses liens avec son point de départ : le fait d'engendrement.

La filiation relie<sup>1667</sup> l'enfant à ses père et mère, quel que soit le mode d'établissement envisagé : par présomption, reconnaissance<sup>1668</sup> ou possession d'état, selon les cas, y compris lors de la mise en œuvre des possibilités marginales de « don<sup>1669</sup> », dans lesquelles l'enfant pourrait être élevé par sa tante, car la tante n'est pas la mère et c'est alors clair pour l'enfant, même dans le contexte d'une famille tribale ou étendue.

La filiation est la même pour tous (A) : elle a le même contenu, le même sens, la même symbolique : pour tous les enfants, sauf pour certains d'entre eux depuis la loi du 17 mai 2013 (B).

### A- Un même régime pour tous les enfants

Il est parfois difficile de trouver des termes mieux appropriés que ceux qui se trouvent d'ores et déjà consacrés<sup>1670</sup>. Cela révèle, qu'au fond, le terme est juste et ne pourrait être modifié sans incohérences graves. C'est le cas du terme : « filiation », affublé de multiples adjectifs pour le rendre plus intelligible alors que, seul, il est porteur d'un sens non équivoque. Par exemple, au

---

<sup>1664</sup> *Ibidem.*

<sup>1665</sup> Ce « noyau dur » que l'on peut appeler l'éthique : J.-F. Mattéi, Enjeux éthiques des nouvelles pratiques de reproduction, *loc. cit.*

<sup>1666</sup> B. Feuillet-Liger, avant-propos in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté, approche internationale*, B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Brauner, éd. Bruylant n° 2014, Coll. Droit, bioéthique et société, n° 11.

<sup>1667</sup> P. Legendre, *La fabrique de l'homme occidental*

<sup>1668</sup> La filiation peut être établie par voie de reconnaissance, donc par un mode volontaire mais consistant à rattacher l'enfant à ses père et mère donc dans un cadre légal ouvrant des recours à l'enfant, v. B. Feuillet-Liger, avant-propos in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté, approche internationale, loc. cit.* Et rapp., *supra* pages 11 et s.

<sup>1669</sup> Sur le droit guinéen (« dons » d'enfants), v. *supra* le chapitre sur le panorama des législations et jurisprudences, Partie I, Chapitre III, droit guinéen.

<sup>1670</sup> V. *Supra* pages 26 et s.

diptyque « filiation<sup>1671</sup> » (sous-entendu charnelle ou biologique/filiation adoptive<sup>1672</sup>), il faudrait ajouter un volet supplémentaire doublé de précisions terminologiques : « filiation génétique/filiation par l'accouchement/filiation volontaire »<sup>1673</sup>.

Ces nuances devraient-elles correspondre à des différences de régime ? Ce serait contraire au principe de notre droit selon lequel : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère (C. civ. art. 310, première phrase) ». Pour éclairer les enjeux de la question, il convient d'envisager les ajouts qui brouillent le sens (a) puis les précisions surabondantes (b).

### a. Les ajouts qui brouillent le sens

Nombreux sont les adjectifs que l'on marie approximativement au terme filiation. L'expression « *filiation biologique* » est ainsi utilisée dans la plupart des manuels de droit. Dans le Code civil français, il est plutôt question de « *filiation par le sang*<sup>1674</sup> » ou de « *filiation* » sans autre précision<sup>1675</sup>. Ces dernières terminologies rendent mieux compte de la procréation naturelle que la filiation dite « biologique ». En effet, le langage actuel élimine ou brouille le sens : les enfants nés de l'engendrement sont dits « biologiques » « et l'on oublie que la biologie n'est que la preuve du lien fécond du père et de la mère »<sup>1676</sup>. Le lien de filiation existe entre des personnes et non entre des patrimoines génétiques seulement. En outre, tous les enfants sont « biologiques »<sup>1677</sup>.

La *filiation* est le lien juridique (institué) qui unit l'enfant à sa mère (filiation maternelle) et à son père (filiation paternelle). Parce qu'elle représente une « catégorie logique<sup>1678</sup> » renvoyant à l'« ordre de la reproduction<sup>1679</sup> », elle désigne, en termes de langage, l'engendrement.

Le soulignant par une référence explicite au « donné<sup>1680</sup> », la Cour européenne des droits de l'homme consacre l'expression de « *filiation réelle* », dans son arrêt *Mandet c/France*, précité. En renvoyant à *la réalité*, cet arrêt souligne, d'un point de vue terminologique<sup>1681</sup>, l'essentiel : l'enfant est issu d'un père et d'une mère. L'expression « filiation réelle » est donc mieux appropriée que l'expression « filiation biologique ». Il n'est pas question pour autant d'occulter les complications actuelles liées à des combinaisons inédites (mère porteuse génétique, biologique ; mère d'intention génétique, biologique, père génétique, biologique<sup>1682</sup>, mère

<sup>1671</sup> Intitulé du titre VII du Livre I<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>1672</sup> Intitulé du titre VIII du Livre I<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>1673</sup> B. Feuillet-Liger, *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, préc., p. 15.

<sup>1674</sup> F. Granet-Lambrechts et P. Hilt, *Droit de la famille*, 5<sup>ème</sup> éd., PUG, fév. 2015, n° 237 et s.

<sup>1675</sup> Il a été parfois proposé d'utiliser l'expression « *filiation naturelle* », mais celle-ci a longtemps - avant l'ordonnance du 4 juillet 2005 - désigné la filiation hors mariage, qualifiée de naturelle par opposition à la filiation légitime, ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

<sup>1676</sup> C. Labrusse-Riou, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, op. cit., préface, p. 21.

<sup>1677</sup> *Ibidem*.

<sup>1678</sup> Pierre Legendre, Entretien, *Le monde de l'éducation*, loc. cit.

<sup>1679</sup> *Ibidem*, page 36.

<sup>1680</sup> *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit.

<sup>1681</sup> Il ne s'agit pas ici de souhaiter construire le droit autour du seul critère biologique, ce qui conduirait à des impasses, v. P. Lévy-Soussan, Enjeux psychologiques des filiations actuelles : en finir avec l'intérêt de l'enfant ?, loc. cit. Et v., *supra* pages 19 et s., et *infra* pages 306 et s.

<sup>1682</sup> B. Feuillet-Liger, *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, préface, loc. cit.



gestante, mère gestatrice, etc,...) mais de rappeler le point de départ de l'institué : l'enfant est issu d'un père et d'une mère.

## **b. Les précisions surabondantes**

L'adjectif constitue, dans la plupart des cas, une précision surabondante. Le droit commun de la filiation renvoie (Titre VII du Livre I<sup>er</sup> du Code civil - La filiation) à la filiation réelle de l'enfant. Toutefois, le droit de l'adoption et les dispositions relatives à l'AMP avec tiers donneur procèdent par assimilation à la filiation réelle de l'enfant (C. civ., art 358 ; art. 311-20) : la filiation adoptive et la filiation établie suite à une AMP sont des filiations, soumises en tant que telles au droit commun de la filiation<sup>1683</sup>. Il convient donc, comme c'est le cas dans le Code civil, d'utiliser aussi pour ces filiations le même mot de « filiation », sans autre précision en l'absence de difficulté juridique spécifique sur ce point. Par exemple, il sera question de la filiation d'un enfant, en général, étant entendu qu'il s'agit de sa filiation juridiquement établie. Celle-ci est en principe réelle mais aussi, par un processus d'assimilation : adoptive ou issue d'une AMP avec tiers donneur s'agissant de la filiation paternelle. Les expressions différenciées (filiation biologique, génétique, adoptive, etc.) ne seront utilisées que sous un angle précis dans les cas de conflits de filiation.

A défaut, ce serait laisser accroire qu'il existe juridiquement plusieurs niveaux ou degrés de filiation, ce qui ne correspond pas au droit positif. Le régime est le même pour tous les enfants : le droit de la filiation. Les évolutions récentes introduisent toutefois des différences de régime. Juridiquement et selon l'article 320 du Code civil<sup>1684</sup>, l'enfant ne peut avoir que deux filiations : maternelle et paternelle<sup>1685</sup>. Ce n'est plus le cas, depuis 2013, pour certains enfants, ce qui représente une inégalité devant la loi de la filiation, par définition générale.

## **B- Les inégalités devant la loi**

L'égalité devant la loi suppose que le droit de la filiation et, en l'absence d'établissement de la filiation ou de mise en danger d'enfant, les règles applicables (adoption, assistance éducative, ...), s'appliquent pareillement à tous les enfants. La logique individualiste conduit à écarter l'égalité devant la loi de la filiation et de la protection de l'enfance.

L'état du droit a été modifié par la loi du 17 mai 2013 et, depuis lors, il devient compliqué de placer tous les enfants dans le même moule juridique, celui de la filiation. Le titre VII du Livre I<sup>er</sup> du Code civil ne s'applique plus à tous les enfants. Or, il est contraire aux principes directeurs (C. civ. art. 310) et aux règles internationales (CIDE<sup>1686</sup>) que les enfants ne bénéficient pas du même statut, ce que permettait le droit antérieur, y compris en cas d'adoption (C. civ., art. 358) ou d'AMP (C. civ., art. 311-20).

---

<sup>1683</sup> Lors de l'élaboration de la réforme de 1966 du droit de la filiation des psychiatres ont été associés aux juristes pour fixer les conditions dans lesquelles l'adoption offre de bonnes conditions pour la construction psychique d'un enfant. Les mêmes garanties ont été recherchées dans l'élaboration du régime de l'AMP, P. Lévy-Soussan, interview, v., pages 306 et s.

<sup>1684</sup> Texte relevant du droit commun de la filiation, titre VII Livre I<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>1685</sup> Ce que le Conseil constitutionnel rappelle avec force dans sa décision du 17 mai 2013, préc., v. *supra* p. 251.

<sup>1686</sup> Sur la CIDE, v. *supra* pages 263 et s.

Depuis la loi du 17 mai 2013, il existe ainsi une contradiction de textes entre les articles 320 et 358 (pour les enfants adoptés<sup>1687</sup>) du même code. Ceci tient en partie à des imprécisions d'ordre terminologique, l'expression de filiation « sociale » ayant fait passer l'idée qu'il serait juridiquement possible pour un enfant d'avoir une filiation à l'égard de deux personnes du même sexe, sans tenir compte du droit commun de la filiation, ni des principes essentiels du droit. Ôter à un mot son sens premier n'est pas sans conséquences.

La juridicité d'une notion (filiation à l'égard de deux personnes du même sexe) reposant sur une contradiction des textes en vigueur pose problème. D'où la difficulté à envisager sous le terme générique de « filiation » le lien établi par voie d'adoption entre un enfant et deux personnes du même sexe. La question terminologique révèle ici un problème de fond.

Ceci souligne en outre l'impasse qu'il y a à partir d'un fait accompli (en l'occurrence une mère qui épouse une autre femme laquelle partage *de facto* la vie de l'enfant ; ou bien deux personnes de même sexe qui se marient grâce aux dispositions de la loi de 2013 et présentent une demande en adoption) pour raisonner en droit dès lors que le raisonnement repose sur la transgression d'une règle de droit : dans les deux cas, il y a transgression des principes du droit commun de la filiation auquel renvoie le droit de l'adoption (C. civ., art. 358) et, dans le premier cas, s'y ajoute la violation des règles impératives posant les conditions de l'AMP en droit français<sup>1688</sup>. Ou alors il faudrait que le mot filiation recouvre une toute autre réalité.

Le système qui ne comporterait aucune des contradictions relevées plus haut consisterait à faire reposer le lien juridique de filiation sur une manifestation de volonté détachée du fait d'engendrement<sup>1689</sup>. Le droit peut-il, sans dommages, poser en règle que la volonté institue la filiation<sup>1690</sup> ? Une telle solution n'occulterait pas la réalité : l'impossibilité pour le droit de refuser un lien de filiation à ceux qui ont engendré l'enfant, sauf pour des motifs légitimes (par exemple en cas d'inceste). En outre, un tel système serait sérieusement préjudiciable à l'enfant qui deviendrait l'objet d'une volonté<sup>1691</sup> et n'existerait donc qu'à travers cette volonté toute puissante<sup>1692</sup> des adultes à son égard. Par hypothèse, si la volonté acquiert le pouvoir d'instituer la filiation, cela signifie que tout ce qui fait filiation, y compris la dimension psychique du lien, est impacté<sup>1693</sup>.

Prenons, pour l'illustrer, l'hypothèse dans laquelle deux femmes décident toutes deux d'être « mère » de l'enfant par le procédé de l'adoption après AMP avec tiers donneur pratiquée à l'étranger. Il faudra que celles-ci cherchent alors à convaincre l'enfant que leur volonté les institue bien toutes deux « mère » et que l'enfant n'a pas à discuter cette manifestation de volonté toute puissante, donc, par exemple, qu'il n'a pas à rechercher qui est son père, ni même, si celles-ci voulaient le lui imposer, celle des deux femmes dont il est issu (sa mère, celle qui l'aura mis au monde après l'avoir porté), ce qui sera son réflexe identitaire. *Idem* dans un couple d'hommes mariés qui adoptent un enfant. Ceux-ci pourraient par exemple aller jusqu'à décider de dire à l'enfant que l'un d'eux est sa « mère » (pratique observée, v. exemple cité *infra*) ; la

---

<sup>1687</sup> Pour l'AMP, le droit positif français ne porte pas atteinte à l'article 320 du Code civil, v. *supra* pages 106 et s.

<sup>1688</sup> *Supra* pages 106 et s.

<sup>1689</sup> Les travaux d'I. Théry, sociologue, préc., mettent en avant cette idée sans voir les contradictions qui demeurent dans un système qui ne supprimerait pas en ce cas totalement le poids du fait d'engendrement dans l'établissement d'une filiation.

<sup>1690</sup> Rapp., *supra*.

<sup>1691</sup> V. *Supra* pages 56 et s.

<sup>1692</sup> D. Fenouillet, Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet, *loc. cit.*

<sup>1693</sup> Sur les enjeux d'ordre psychique, v., *supra* pages 306 et s.

volonté de ces hommes peut-elle, en toute légitimité, instituer la maternité d'un homme ? Dans les deux hypothèses abordées le droit ne protège plus l'enfant.

L'aboutissement de l'évolution amorcée en droit de la filiation par la loi du 17 mai 2013 supposerait une refonte totale de notre droit et la suppression des principes directeurs précités.

Il faudrait peut-être, dans l'intérêt des enfants, réinventer le mariage de l'homme et de la femme pour assurer à l'enfant la filiation indivisible dont il a besoin (et à laquelle il a droit<sup>1694</sup>) à l'égard de ses père et mère. Une réflexion sur le mot mariage serait d'ailleurs corrélativement bienvenue.

Sous l'angle de la terminologie, les développements qui précèdent conduisent à conclure que la filiation devrait être clairement définie comme le lien juridique légalement établi, indivisiblement dans le cas d'un mariage, entre l'enfant et sa mère (filiation maternelle), d'une part ; entre l'enfant et son père (filiation paternelle), d'autre part<sup>1695</sup>. La filiation maternelle se trouve toutefois singulièrement affectée par les évolutions récentes analysées dans le présent rapport.

## § 2. La parenté

La question de la filiation était déjà complexe avant l'avènement des nouveaux modes de reproduction, notamment du fait que la paternité était incertaine. Aujourd'hui et paradoxalement, la paternité (biologique<sup>1696</sup>) peut être établie avec certitude tandis que l'adage *semper certa est* se trouve ébranlé par ces évolutions<sup>1697</sup>.

La parenté est sur la sellette : père et mère (A), maternité (B).

### A. Père et mère

En désignant les père et mère, la filiation fonde juridiquement une parenté<sup>1698</sup> : maternelle et (ou, selon les cas<sup>1699</sup>) paternelle.

Le droit se mêle d'une affaire qui, au départ, relève de l'ordre naturel. Il permet de compenser les failles que la nature ne maîtrise pas (décès d'un parent, abandon...). Par exemple, la présomption de paternité du mari de la mère, légitimée par la plus forte vraisemblance, a joué ce rôle pendant des siècles, mais la jurisprudence de la première chambre civile<sup>1700</sup> ne le lui

---

<sup>1694</sup> CIDE, art. 3.

<sup>1695</sup> V. Glossaire.

<sup>1696</sup> Le critère biologique a tendance à prendre le pas sur l'institutionnel (jeu de la présomption *pater is est* par exemple), ce qui représente aussi l'une des caractéristiques de ces évolutions : « *le triomphe de l'amour de la vérité biologique* », F. Furkel, L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, op. cit.

<sup>1697</sup> Et encore récemment par la loi du 18 novembre 2016, préc.

<sup>1698</sup> V. Glossaire.

<sup>1699</sup> Il arrive que la filiation ne soit pas établie.

<sup>1700</sup> V. Tableau des décisions, *supra*, page 277 et s.

permet plus guère aujourd'hui<sup>1701</sup>. Les mécanismes de l'adoption et de l'article 311-20 pour le cas d'AMP avec tiers donneur s'en inspirent.

La question est tout autre dans les cas de revendication d'une filiation sur un enfant par un couple de personnes de même sexe : la parenté peut-elle désigner deux personnes du même sexe ? La filiation joue-t-elle ici son rôle institutionnel consistant à fonder l'enfant, à l'« originer<sup>1702</sup> », point de départ de sa construction filiative<sup>1703</sup> ?

Un exemple auquel nous avons été confrontés nourrit la réflexion : un couple d'hommes élève un enfant ; le couple et l'enfant sont assis dans la salle d'attente d'une consultation en psychanalyse. L'enfant (3 ans) donne un coup de pied à l'un des hommes. L'autre homme dit : « Ah non Zoé<sup>1704</sup> ne soit pas méchante avec maman ... ».

La loi du 17 mai 2013 ne va pas jusqu'à institutionnaliser la « maternalité<sup>1705</sup> » d'un homme, ou l'inverse, puisque deux pères et deux mères sont alors désignés juridiquement, sans toutefois qu'il soit alors tenu compte de la définition de la parenté qui renvoie aux père et mère, donc avec des incohérences. La loi du 18 novembre 2016, précitée, permet toutefois d'aller jusque-là, le changement de sexe à l'état civil dépendant désormais de la volonté. Ces évolutions législatives ne résolvent pas pour autant la question des dommages pour l'humain, l'enfant et la société : la « casse subjective » selon les mots de Pierre Legendre<sup>1706</sup>.

Il y a lieu ici d'observer que, dans ce contexte, la volonté est toute puissante<sup>1707</sup> : le Droit ne cherche pas en l'occurrence à institutionnaliser l'« ordre de la reproduction »<sup>1708</sup>, ni à « originer »<sup>1709</sup> la personne par une institutionnalisation respectueuse de cet ordre. Il prend acte d'une manifestation de volonté. La dimension anthropologique du droit disparaît<sup>1710</sup>.

Comme le relève Alain Supiot, « *le Droit relie l'infinitude de notre univers mental à la finitude de notre expérience physique et c'est en cela qu'il remplit chez nous une fonction anthropologique d'institution de la raison* »<sup>1711</sup>. Cela explique qu'il soit dangereux<sup>1712</sup> pour l'être humain de se trouver confronté à une règle de droit qui le réduirait à un animal ou à un

---

<sup>1701</sup> C. Brunetti-Pons, Existe-t-il un droit de connaître ses origines ?, in *Le don de gamètes*, Bruylant 2014, pp. 85-112.

<sup>1702</sup> V. *Supra* Partie III, Chapitre I, Section I, p. 306 et s.

<sup>1703</sup> *Ibidem*.

<sup>1704</sup> Prénom imaginaire.

<sup>1705</sup> V. *Supra*.

<sup>1706</sup> P. Legendre, *La fabrique de l'homme occidental*, Arte éditions, Mille et une nuits, 1996 ; v. encore du même auteur : *Filiation, fondement généalogique de la psychanalyse*, par A. Papageorgiou-Legendre, éd. Fayard 1990 : « Nous avons oublié que la Fabrique de l'homme, partout sur la planète, est la fabrique des fils – fils de l'un et l'autre sexe, comme dit la tradition juridique de l'Occident. La fabrique des fils est fragile, comme est fragile le lien qui relie chacun à l'humanité, comme est fragile le lien de parole. »

<sup>1707</sup> D. Fenouillet, Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet, *loc. cit.* Sur le caractère « absolu » de la demande, v. C. Brunetti-Pons, réflexions autour du rôle de la norme face aux évolutions récentes du droit de la famille, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 25-40, spéc., p. 36 et s. Lire encore, O. Rey, *Une folle solitude. Le fantasme de l'homme auto-construit*, éd. Le Seuil, 2006.

<sup>1708</sup> Pierre Legendre, Entretien, *Le monde de l'éducation*, *loc. cit.*

<sup>1709</sup> Comme dans la genèse de la loi de 1966 relative à l'adoption, v. *Supra* pages 306 et s.

<sup>1710</sup> E de Rus, Une alternative à la déconstruction de la personne humaine : un éclairage anthropologique sur la crise de la famille, in *La réforme du mariage*, *op. cit.* pp. 33-56.

<sup>1711</sup> A. Supiot, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>1712</sup> *Ibidem*.

pur esprit<sup>1713</sup>. L'être humain est un peu des deux, ce qui suppose de tenir compte en droit de la filiation du donné : en l'occurrence, de l'engendrement et de la nature sexuée de l'homme et de la femme.

Les régimes totalitaires ont eu, dans l'histoire, pour point commun de refuser au droit cette fonction anthropologique<sup>1714</sup>. Or, les réformes récentes du droit de la famille ébranlent l'identité sexuée, élément de la personne juridique : homme, femme, père-mère. Elles occultent en outre pour ce faire la qualité de personne juridique reconnue à l'enfant par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant<sup>1715</sup>.

## B. Mère porteuse

La gestation pour le compte d'autrui soulève encore des questions différentes tout en ramenant aux interrogations soulevées ci-dessus lorsque le couple commanditaire est de même sexe.

Sous l'angle plus spécifique de la maternité, il est question de savoir si l'on peut ou non éliminer sans conséquences du processus d'institutionnalisation celle qui accouche.

Les hésitations d'ordre terminologique révèlent l'ampleur des difficultés sur le fond. En retenant l'expression « mère porteuse », l'auteur prend position sur sa qualité de mère alors que cette qualité dépend d'un choix législatif dont chaque ordre juridique reste libre. Pour cette raison, et parce que le premier chapitre de la première partie a souligné<sup>1716</sup> l'importance du choix des termes qui doivent décrire exactement les situations visées sans inciter à une prise de position axiomatique, cette expression a été utilisée « sous réserve » dans le présent rapport.

Ce point a fait l'objet de discussions dans le groupe. Il est apparu *in fine* que l'expression de « mère porteuse » n'est pas inexacte juridiquement car la femme gestatrice est la mère dans presque tous les cas, y compris lorsque l'acte d'état civil étranger mentionne la mère d'intention à la suite d'un jugement, par exemple. La qualité de mère sera évincée dans la seule hypothèse dans laquelle l'acte d'état civil étranger indiquera d'emblée, sans jugement, la mère d'intention, donc en présence d'une législation ne reconnaissant pas que la mère est celle qui accouche, hypothèse d'école<sup>1717</sup>. Dans tous les autres cas, ne pas utiliser le mot « mère » prend donc position de façon beaucoup moins justifiée, juridiquement., contre la maternité de la mère porteuse.

Lorsque la qualité de « mère » n'est pas du tout reconnue à la gestatrice, les mots suivants sont mieux adaptés, *in fine* : gestatrice, gestante. Sinon le mot mère y sera accolé : « mère gestante », « mère gestatrice ». Dans le premier cas, l'expression de « *convention de location d'uterus* » serait appropriée pour rendre compte du contrat<sup>1718</sup>. Toutefois, généraliser cette expression évince d'emblée la maternité de la gestante, avec une portée trop générale qui induit en erreur.

---

<sup>1713</sup> *Ibidem*. L'auteur précise : « La folie guette dès que l'on nie l'une ou l'autre des deux dimensions de l'être humain, soit pour le traiter comme un animal soit pour le traiter comme un pur esprit ».

<sup>1714</sup> H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt, Brace and World ; traduction en français : *Le Système totalitaire*, éd. Seuil, 1972, p. 185.

<sup>1715</sup> V. *Supra* pages 56 et s.

<sup>1716</sup> V. *Supra* pages 26 et s.

<sup>1717</sup> Au regard des investigations menées.

<sup>1718</sup> V. *Supra* pages 344 et s.

Par ailleurs, l'expression de mère de substitution ou de maternité de substitution n'a pas été utilisée en raison des confusions induites par cette terminologie. Cette dénomination renvoie en effet aux délits de simulation, de substitution d'enfant et d'entremise, comme il a été précisé dans le présent rapport (v. ces mots<sup>1719</sup>).

A la réflexion et après avoir tourné dans tous les sens ces questions terminologiques, les expressions les mieux appropriées restent en la matière et en dépit des réserves émises : « convention de gestation pour le compte d'autrui » et « convention de mère porteuse ».

Utiliser les deux expressions permet de compenser la connotation altruiste de la première et de souligner la qualité de mère dans la seconde, selon les cas. Le mot « compte » pour la première permet en outre d'atténuer la connotation altruiste en soulignant qu'il ne s'agit pas que d'une gestation « pour », mais de sous-tendre qu'il y a des comptes sous-jacents.

Le présent rapport a approfondi la réflexion sur d'autres expressions possibles de façon notamment à permettre de montrer que l'expression habituelle de GPA présente des défauts, d'un point de vue terminologique, et souligne de façon trop nette une dimension altruiste qui n'existe pas, y compris lorsque la GPA est qualifiée d'« altruiste »<sup>1720</sup>.

Sous l'angle des institutions la question que soulèvent les conventions de mère porteuse est la suivante : le droit a-t-il le pouvoir d'institutionnaliser le déni de la maternité de la mère porteuse ?

Au regard de nos principes directeurs d'indisponibilité, la réponse à cette question est négative<sup>1721</sup>. Il est question toutefois de supprimer de tels principes<sup>1722</sup> ; en outre, la loi du 18 novembre 2016 a ouvert la boîte de Pandore, déjà largement entrebâillée par la loi du 17 mai 2013. Ces interrogations révèlent qu'il est difficile, *a minima* juridiquement, d'éliminer celle qui accouche du schéma filiatif.

### § 3. La généalogie

*« La généalogie<sup>1723</sup> est l'aventure de la parole pour chaque être humain. La généalogie, dans notre espèce, n'est pas un phénomène physiologique. Elle provient d'une autre nécessité que la biologie. Elle est liée à la nécessité propre à l'animal parlant de recevoir l'aide de la parole pour accéder lui-même à la parole, c'est-à-dire pour vivre la vie pour son compte et en son nom. Cela suppose l'institution des mères et des pères, l'entrée de l'enfant dans sa condition de fils, de fils ou fille d'un tel et d'une telle. C'est cette grande affaire où s'entrecroisent les bonheurs et les drames, c'est cette grande affaire où les individus et les sociétés nouent leur destin »*, précise Pierre Legendre.

---

<sup>1719</sup> In Glossaire.

<sup>1720</sup> V. *Supra* Partie III, Chapitre I, Section III, § 2, pages 331 et s. Et v. notre 1527.

<sup>1721</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre I, Section I, § 3, pages 58 et s.

<sup>1722</sup> A.-M. Leroyer, *loc. cit.*

<sup>1723</sup> P. Legendre, *La Fabrique de l'homme occidental*, *op. cit.* : « Les Etats sont des fictions généalogiques : ils sont construits comme des êtres qui seraient doués de Raison pour faire obstacle à la dé-Raison. Pour les montages du droit, les Etats organisent que les humains cèdent la place à d'autres humains, pour que les fils – les fils de l'un et l'autre sexe- succèdent aux fils. »

Les pratiques analysées conduisent ainsi à s'interroger sur le lien entre filiation et généalogie. Le droit de la famille, classiquement, inscrit l'enfant dans une généalogie<sup>1724</sup>. Le droit de la filiation et le droit des personnes *instituent* la personne. Ils lui assignent *sa* place<sup>1725</sup>. Face au développement de la toute-puissance (*supra*) de la volonté individuelle<sup>1726</sup>, le rôle du Droit s'avère plus essentiel que jamais<sup>1727</sup>.

## A. La généalogie et l'identité humaine

A l'heure des Etudes de genre<sup>1728</sup>, la sexuation se trouverait supplantée par l'orientation sexuelle librement déterminée par chacun<sup>1729</sup>. Le sexe ne serait plus que sexualité<sup>1730</sup>. Toutefois, définir l'être humain par sa sexualité<sup>1731</sup> représente une atteinte à la vie privée de ce dernier, ébranle son état civil<sup>1732</sup> et, corrélativement, impacte sa descendance.

La sexuation est un donné constitutif de l'identité humaine en ce qu'elle détermine l'aptitude procréatrice de chacun. Déterminable dès la naissance, sauf cas exceptionnels<sup>1733</sup>, elle fonde la généalogie en descendance, c'est-à-dire la qualité de mère ou de père à venir.

En conséquence, l'indisponibilité de l'état des personnes est un principe directeur, essentiel du droit français<sup>1734</sup>.

Précédée de plusieurs propositions<sup>1735</sup>, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle introduit une importante simplification de la procédure de changement de prénom et de mention du sexe sur l'acte de naissance. Corrélativement, il est précisé à l'article 61-8 nouveau du Code civil : « *La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification* ». D'où, par exemple (il y en a d'autres) la question : une même personne peut-elle être la mère d'un enfant et le père d'un autre, ou l'inverse, sans répercussions graves sur la construction psychique des enfants<sup>1736</sup> ? Une telle règle est-elle compatible avec l'ancrage institutionnel que réalise la filiation ?

---

<sup>1724</sup> B. Feuillet-Liger, avant-propos, *loc. cit.*

<sup>1725</sup> « *En l'inscrivant dans une communauté de sens* » : C. Moiroud, La reproduction de la vie et les institutions ; instituer et transmettre, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 41-59.

<sup>1726</sup> La volonté est certes une source de droits mais néanmoins subordonnée au Droit dont le rôle est avant tout de poser en notre matière des principes supérieurs fondés sur l'ordre de la reproduction, lesquels bornent l'impact de la volonté individuelle dans un but de protection et d'intérêt général.

<sup>1727</sup> V. les Leçons de P. Legendre citées.

<sup>1728</sup> V. *Supra* pages 58 et s.

<sup>1729</sup> J. Butler, *Gender Trouble, The subversion of Identity*, Routledge New York and London, 1990.

<sup>1730</sup> C'est avec l'extension du concubinage, l'introduction du pacte de solidarité, puis l'ouverture du mariage aux couples de même sexe que l'indifférence de la sexuation a littéralement été consacrée en droit positif.

<sup>1731</sup> A. Sériaux, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, Préface, pp : 7-14 : « par sa radicalité, une telle théorie semble constituer dans l'histoire des idées l'ultime étape de la déconstruction du sujet humain. »

<sup>1732</sup> Pour un exemple de drame (en Belgique), v. Le Figaro 2 /10 /2013 et Le Monde du même jour sur une euthanasie suite à une opération de changement de sexe qui avait échoué.

<sup>1733</sup> Exposant la personne elle-même, v. TGI de Tours, 20 août 2015, D. 2015, Jur. P. 2295, note F. Violla. Pour une étude approfondie du sujet, V. G. Raoul-Cormeil, L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation, in *L'institué, : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, pp : 101-133.

<sup>1734</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre I, Section I § 3, pages 58 et s.

<sup>1735</sup> Sur la question, v. *Supra* Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-Section 3, pages 231 et s.

<sup>1736</sup> V. *Infra* Partie III, Chapitre I, Section II, pages 313 et s.

Seul le cas d'intersexuation (depuis longtemps déjà dans notre législation) serait de nature à justifier une décision judiciaire de réassignation sexuelle sans heurter les principes d'indisponibilité de l'état des personnes et de la filiation.

## B. La généalogie et la filiation<sup>1737</sup>

Comme le souligne Pierre Legendre, toute personne humaine doit être désignée<sup>1738</sup> par la loi comme fils ou fille de X (homme) et Y (femme)<sup>1739</sup>.

La généalogie souligne en cela l'importance du pourquoi de la norme en mettant en avant, juridiquement, la causalité : l'enfant naît d'un père et d'une mère. Lui donner sa place en Droit consiste dès lors à institutionnaliser ce lien que l'on appelle filiation. Cela donne même son sens à la filiation, comme développé *supra*<sup>1740</sup>.

D'autres idées sont aujourd'hui avancées : selon Irène Théry<sup>1741</sup>, sociologue<sup>1742</sup>, la filiation est « mentale » ; juridiquement, toutefois, ce n'est pas le cas : la filiation est *instituée* juridiquement en amont du mental et de l'affectif. Ces théories érigent la volonté en mode d'institution de la filiation alors que la volonté peut représenter un mode d'établissement de celle-ci, ce qui est très différent.

Le mode d'établissement de la filiation importe peu : que ce soit par l'accouchement, la présomption de paternité, la reconnaissance, la possession d'état, dans tous les cas il s'agit d'un mode de preuve de la filiation véritable de l'enfant<sup>1743</sup>, et cela dans tous les systèmes juridiques étudiés, y compris lorsque d'autres solutions sont envisagées, dans un deuxième temps et le cas échéant, pour compenser, par exemple, un abandon.

Universellement la généalogie relie, par l'établissement de la filiation, l'enfant à ses père et mère, sur le fondement de la causalité (ceux dont l'enfant est issu). La volonté est un moyen (un mode d'établissement) et non le sens (la cause de la filiation). D'où les actions en recherche de maternité ou de paternité. Sous l'angle institutionnel, la loi du 17 mai 2013 opère une rupture sans précédent dans l'histoire de notre civilisation. En introduisant une filiation à l'égard d'un

---

<sup>1737</sup> Y compris d'un point de vue psychique, v. P. Lévy-Soussan, Filiation, sexualité et construction psychique, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, op. cit., pp. 85-99, spéc. p. 89 et 90 : « La dimension institutionnelle ... (de la dimension symbolique de l'engendrement) ... (ici le mariage) est alors le lieu de projection des identifications inconscientes : père, mère, fils de, fille de (...). Toutes les familles doivent mettre en route cette mécanique psychique pour familiariser cette étrangeté, cet étranger qu'est le bébé pour le faire naître en soi et en famille, que cela soit les « filiations charnelles » par reproduction naturelle, filiation par énonciation sans jugement, les familles adoptives : filiations par jugement et les familles via AMP : Filiation par engagement de non utilisation du désaveu de paternité ».

<sup>1738</sup> P. Legendre, Leçons VI, *Les enfants du texte- Etude sur la fonction parentale des Etats*, éd. Fayard, 1992, p. 80.

<sup>1739</sup> Y compris en l'absence d'informations, le cas échéant, par la mention de père ou de mère inconnue.

<sup>1740</sup> Même section § 1, pages 351 et s.

<sup>1741</sup> « La tendance n'est plus la biologisation de la filiation mais la mentalisation de la filiation », Etats généraux de la famille CNB : « Le barreau de famille fera la révolution de la justice du XXIème siècle », L. Junot Fanget (bâtonnière, Barreau de Lyon) CNB - EGDFP.

<sup>1742</sup> Le rapport sur *La filiation* demandé par le ministère chargé des affaires sociales et de la santé ainsi que le ministère chargé de la famille a été confié à une sociologue, I. Théry : *Filiation origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport 2014.

<sup>1743</sup> V. *Supra* pages 19 et s., et pages 351 et s.



couple de même sexe le législateur s'arroge<sup>1744</sup> le pouvoir de ne plus tenir compte de la causalité pour institutionnaliser la filiation. En conséquence, il prive<sup>1745</sup> un enfant<sup>1746</sup>, tantôt de père ou de mère (dans l'adoption en général), tantôt de son père ou de sa mère (dans l'adoption de l'enfant du conjoint) et, *in fine*, d'ancrage filiatif.

Les retombées analysées<sup>1747</sup> invitent à y réfléchir sérieusement. En effet, poser le mental en fondement juridique n'a pas de sens<sup>1748</sup> (par absence de causalité), ni d'efficience (par absence d'objectivité et de fiabilité), y compris dans ses répercussions au mental, ce que d'éminents psychiatres<sup>1749</sup> et criminologues<sup>1750</sup> soulignent<sup>1751</sup>.

Dans le contexte actuel, il serait inutile et dangereux de séparer filiation réelle et filiation volontaire<sup>1752</sup>. En effet, les deux sont liés : dans la très grande majorité des cas, elles se confondent et, dans les cas d'adoption ou d'AMP avec tiers donneur, un mécanisme juridique de fiction imitative le compense. Notre droit positif les combine non sans raisons. Dissocier filiation réelle et filiation volontaire, ce que la loi de 2013 a réalisé<sup>1753</sup>, fragilise l'enfant<sup>1754</sup> et les institutions dont le rôle est d'abord de servir la protection de ce dernier<sup>1755</sup>.

## Section II. Les enjeux pour l'exercice de la médecine

Au-delà du constat selon lequel la fabrication des enfants entre dans l'ère industrielle et offre une perception de plus en plus technique d'un fait naturel<sup>1756</sup>, le patient n'est plus souverain (dans le cas de la gestation pour autrui) ; le « médical technico-logique » peut mettre la vie des

---

<sup>1744</sup>Un tel pouvoir est totalitaire en ce qu'il se fonde sur un lien dépourvu de toute causalité, donc discrétionnairement fixé ; autrement dit, ce pouvoir est absolu. Peut-on l'envisager dans le cadre d'un Etat de droit ?

<sup>1745</sup> Avec quelle responsabilité ? La question ne manquera pas d'être posée.

<sup>1746</sup> Dans la norme, donc en amont des aléas de la vie.

<sup>1747</sup> V. *Supra* même Partie, Chapitre I, pages 306 et s.

<sup>1748</sup> « Sur un « acte de naissance ne voulant plus rien dire sinon un acte « asymbolique », vide de sens », P. Lévy-Soussan, « Filiation, sexuation et construction psychique : nature et culture », *loc. cit.*, spéc., p. 91.

<sup>1749</sup>*Ibid.*, p. 90 : « Dans un contexte de « couple de même sexe » la filiation ne peut plus reposer sur la naissance, suite à un engendrement, opérateur symbolique qui permet de transformer un homme et une femme en père et mère. Dans ce cas, la fiction disparaît au profit d'un « faux acte de naissance, mensonge légal, d'une science-fiction juridique. Comment un acte de naissance nommant deux hommes ou deux femmes peut-il avoir une valeur psychique pour l'enfant ? Comment l'enfant peut-il trouver son origine psychique en une scène d'engendrement impossible entre deux femmes ou deux hommes ? ».

<sup>1750</sup> Travaux de Martine Herzog-Evans, v. blog de l'auteur.

<sup>1751</sup> V. *Supra* même Partie, Chapitre I, pages 305 et s.

<sup>1752</sup> Cela ne veut pas dire qu'il faille privilégier dans tous les cas la filiation biologique mais que, dans tous les cas, la filiation biologique (le fait d'engendrement) doit fonder le lien filiatif. V. sur le sujet : A. Mirkovic, La part de la biologie dans la filiation, *Le don de gamètes* (A. Mirkovic, sous la dir. de), éd. Bruylant, 2014, pp. 121-131.

<sup>1753</sup> En occultant l'article 358 du Code civil.

<sup>1754</sup> Selon le Docteur Lévy-Soussan, la loi du 17 mai 2013 crée de sérieux risques pour les adoptés : « En disant « parent » plutôt que père ou mère, on passe à côté des différences radicales qui existent dès la naissance, entre le père et la mère ; on prive ainsi certains enfants de la « maternalité » et de la « paternalité » ; on les prive du double conflit différencié avec ceux qui l'ont engendré comme père et mère. », *loc. cit.*, p. 91. Et v. *supra* pages 306 et s.

<sup>1755</sup> CIDE, art. 3.

<sup>1756</sup> J. Testard, *op. cit.*

patients en danger (décès de la mère porteuse ou de la donneuse d'ovocyte ; risques pour la santé ; immersion dans les hormones,...)<sup>1757</sup>.

**Gestation pour autrui et médecine**<sup>1758</sup>. En acceptant de porter l'enfant d'une autre, la mère porteuse remet sa vie et son corps entre les mains d'autrui. Le recours à la gestation pour autrui réalise ainsi, de manière insidieuse, une nouvelle atteinte à certains principes pourtant profondément ancrés dans notre droit. Ainsi, dans le domaine médical, la GPA autorise que le patient ne soit plus souverain. Or, depuis la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, seul ce dernier est maître en matière de traitement médical<sup>1759</sup>. La mise en œuvre de ce principe suppose que le patient soit correctement informé de la conduite thérapeutique que le médecin projette d'adopter et que la décision finale lui appartienne. Malheureusement, dans le cadre de la gestation pour autrui, le consentement de la femme qui s'apprête à porter l'enfant d'autrui est rarement éclairé. Il en résulte une transformation du cadre juridique dans lequel s'exerce la médecine (§ 1).

Mais, là n'est pas l'atteinte la plus grave que la gestation pour autrui réalise en matière médicale<sup>1760</sup>. En devenant mère porteuse, la femme met son intégrité corporelle et sa vie en danger, ce dont elle n'a que rarement conscience. Ce risque repose sur une transformation de l'exercice de la médecine. Alors que, traditionnellement, cette science a vocation à prendre soin d'un patient malade, la médecine mise en place dans le cadre d'une gestation pour autrui a une finalité plus mercantile. Cette nouvelle orientation se traduit par la recherche d'un profit économique souvent néfaste pour la santé du patient. Il en résulte de nombreuses questions de nature éthique (§ 2).

## § 1. Les difficultés de nature juridique

**Gestation pour autrui et exercice de la médecine : généralités.** D'un point de vue juridique, il est évident que la gestation pour autrui aura des conséquences irrémédiables sur l'exercice de la médecine. Deux, en particulier, ont été recensées. La première touche au consentement du patient, la seconde au secret médical.

À titre liminaire, on peut également s'interroger sur le bien-fondé du terme « *patient* » pour désigner la mère porteuse. En effet, cette terminologie définit, en principe, la personne qui se voit administrer un traitement médical en raison de la maladie ou du handicap dont elle est atteinte. Or, dans le cadre de la gestation pour autrui, la mère porteuse (ou la donneuse, le cas

---

<sup>1757</sup> Rapp. O. Rey, *Itinéraire de l'égarement. Du rôle de la science dans l'absurdité contemporaine*, éd. Le Seuil 2003.

<sup>1758</sup> V. P. Tourame, Quelle liberté pour la mère porteuse ? Autour de la gestation pour autrui, Dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, loc. cit., pp.275-288, not : « la gestation pour autrui apparaît comme un dépassement de l'assistance médicale à la procréation et se donne pour fonction de « tester » les limites des cadres de fonctionnement de cette assistance » ; « Du médical au social : la métamorphose de l'assistance médicale à la procréation (AMP) », En ce sens, v. encore F. Chiche, interviews dans le cadre de la recherche, rapport intermédiaire.

<sup>1759</sup> La loi a introduit dans le Code civil un nouvel article 16-3 selon lequel « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. - Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

<sup>1760</sup> V. S. Javersat, La gestation pour autrui (approche médicale), *Autour de la gestation pour autrui*, Dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, éd. Dalloz 2016, pp. 205-208.

échéant) n'est pas celle qui souffre. Au contraire, le fait qu'elle soit en bonne santé est une condition nécessaire pour porter l'enfant d'autrui. A ce sujet, il ressort expressément des termes des conventions de maternité de substitution que la candidate doit se soumettre à différents tests ou analyses afin de prouver sa bonne condition physique<sup>1761</sup>. A l'inverse, la mère commanditaire est généralement porteuse d'une maladie ou d'une malformation qui l'empêche de porter la vie. C'est le cas, par exemple, de Madame Mennesson qui est née sans utérus<sup>1762</sup>. Dans le cadre de la gestation pour autrui, la médecine n'a plus vocation à soigner ; elle se doit, plus simplement, de réaliser un désir particulier. Quoi qu'il en soit, c'est la mère porteuse qui s'apprête à recevoir un traitement médical et qui, par voie de conséquences, devrait consentir, de manière éclairée, aux différents actes médicaux effectués sur elle. Pourtant, dans les faits, il est relativement rare, pour ne pas dire impossible, d'obtenir un tel consentement de la part de la mère porteuse.

**Les difficultés relatives au consentement du patient**<sup>1763</sup>. Les difficultés relatives au consentement de la mère porteuse ont déjà été évoquées pour ce qui concerne l'acceptation de la mère porteuse de se soumettre aux désirs et à la volonté des commanditaires<sup>1764</sup>. En matière médicale, l'importance de ce consentement revêt une dimension supplémentaire au regard du caractère potentiellement intrusif que les actes effectués par le médecin sur le corps du patient peuvent avoir. Sur ce point, les difficultés se ressentent à plusieurs niveaux.

Tout d'abord, lors de l'acte initial (l'insémination ou la FIV), il est peu probable que la femme soit informée de l'ensemble des conséquences que la gestation peut avoir sur elle. Celles-ci peuvent être liées directement à la grossesse ; mais elles peuvent également découler du traitement hormonal précédent tout protocole d'insémination ou de FIV. Certes, dans les conventions américaines, les rédacteurs ont pris soin de préciser, dans une section intitulée « *acceptation des risques* », les éventuels désagréments liés à la grossesse elle-même<sup>1765</sup>. Mais il n'est précisé nulle part ce que le traitement hormonal pré-*partum* peut avoir de dangereux.

On peut s'interroger, ensuite, sur l'existence même de ce consentement dans certaines affaires de GPA. On sait en effet que celles qui acceptent de porter un enfant pour autrui sont généralement dans des situations de grandes misères et qu'elles font l'objet de pressions sociales et / ou économiques et / ou physiques<sup>1766</sup>. Dans tous les cas, la liberté de choix du médecin disparaît, purement et simplement. En droit français, cette prérogative est pourtant une composante de la liberté du patient de se soigner ou de ne pas se soigner. Dans le cadre de la GPA., la mère porteuse en est privée puisque le choix du médecin est laissé à la discrétion des parents commanditaires<sup>1767</sup>. Enfin, d'autres difficultés sont relevées à l'occasion du suivi médical de la grossesse. Lorsqu'il y a GPA, la femme enceinte n'a pas son mot à dire en ce qui concerne la réalisation des actes prénataux. Ce sont les parents commanditaires qui, avec les conseils des médecins, ont le pouvoir de décider de l'orientation à suivre. Ainsi la question de l'avortement, de la réduction embryonnaire, de la fréquence des rendez-vous, du mode

---

<sup>1761</sup> V. les traductions des différentes conventions de substitution, *supra* Partie I, Chapitre II, Section II, § 3, pages 131 et s.

<sup>1762</sup> V. tableau n° 2.

<sup>1763</sup> V. P. Tourame, Quelle liberté pour la mère porteuse ? Autour de la gestation pour autrui, Dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, *loc. cit.*, pp.275-288, préc., spéc. p. 283 : « *Le consentement de la future mère porteuse n'est-il pas intrinsèquement déficient ? Le risque d'instrumentalisation* ».

<sup>1764</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section II, § 3, pages 131 et s.

<sup>1765</sup> V. les traductions des différentes conventions de substitution, *supra* p. 131 et s.

<sup>1766</sup> V. *Supra* Partie I, Chapitre II, Section II, pages 124 et s et Partie III Chapitre I Section III § 2, pages 331 et s.

<sup>1767</sup> V. Les traductions des différentes conventions de substitution, *supra* pages 131 et s.

d'accouchement, etc. sont-elles laissées à l'appréciation souveraine des parents commanditaires<sup>1768</sup>.

**Les difficultés relatives au secret médical.** Cette dernière remarque soulève le problème du secret médical qui, en droit français, est inviolable, sauf cas de force majeure ou circonstance exceptionnelle<sup>1769</sup>. Or, pour que les commanditaires puissent prendre une décision éclairée, encore faut-il qu'ils aient à leur disposition les informations susceptibles d'alimenter leur réflexion. Dès lors, la violation du secret médical est autant nécessaire qu'évidente. Elle est d'ailleurs expressément prévue et encadrée en droit américain dans les conventions de gestation pour le compte d'autrui<sup>1770</sup>. Concrètement, la mère porteuse renonce au secret médical, ce qui permet au couple commanditaire d'obtenir toute information ou tout compte-rendu médical susceptible de les intéresser. Dans certains cas de figure, ces commanditaires sont même les principaux destinataires – pour ne pas dire les destinataires exclusifs - des informations médicales relatives à la mère porteuse ou au suivi de la grossesse. Par exemple, en ce qui concerne les résultats, médicaux ou psychologiques, de l'examen pré-partum, de la candidate à la GPA, ils ont pour unique finalité de rassurer les parents commanditaires sur la santé, physique et mentale, de celle qui doit porter celui qu'il considère comme leur enfant.

En matière de gestation pour autrui, les violations du secret médical sont telles que les commanditaires ont la possibilité d'exiger d'assister à la totalité des rendez-vous prénataux, et même à l'accouchement. Sur ce point, l'opposition éventuelle de la femme enceinte est sans effet.

Ces multiples violations du secret médical sont particulièrement problématiques si l'on se souvient que celui-ci est intimement lié au respect de la vie privée. En effet, selon l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002, « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ». En outre, l'article 226-13 du Code pénal dispose que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ». Si l'article 226-14 du même Code précise que ce texte n'est pas applicable dans les cas où la loi autorise la levée du secret médical, il est certain que l'hypothèse de la gestation pour autrui n'entre pas dans les différentes hypothèses envisagées. En effet, les dérogations au secret médical poursuivent, le plus souvent, l'intérêt public. Il s'agit, par exemple, de la déclaration obligatoire des naissances ou des décès, de l'existence de maladies contagieuses à déclaration obligatoire, de l'internement d'un individu pour raison psychiatrique, du placement d'un majeur sous un régime d'incapacité.

Par exception, certaines dérogations sont autorisées, alors même que l'intérêt protégé est de nature privée. Elles concernent principalement le domaine des assurances. Ainsi, dans un arrêt rendu le 29 octobre 2002<sup>1771</sup>, la première Chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'un assuré avait renoncé au secret médical en transmettant de lui-même certaines informations à l'assureur. Dès lors, les ayants-droits du défunt n'étaient pas en mesure d'obtenir la condamnation de ce dernier. Il convient toutefois de remarquer que, dans cette affaire, la dérogation au secret médical reposait sur une renonciation spéciale concernant une information particulière et d'ores et déjà connue du patient. Il ne s'agissait pas d'une renonciation générale

---

<sup>1768</sup> V. les traductions des différentes conventions de substitution, *ibidem*.

<sup>1769</sup> Article 4 du code de déontologie médicale ; articles L. 1110-4 et R. 4127-4 du Code de la santé publique.

<sup>1770</sup> V. Les traductions des différentes conventions de substitution, *supra* pages 131 et s.

<sup>1771</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 octobre 2002, n° 99-17.187 ; *Bull. civ.* n° 244.

et préventive, c'est-à-dire avant même que les actes ou examens médicaux ne soit effectués. Ce genre de renonciation est, en droit français, purement et simplement incompatible avec l'exercice de la médecine. L'autorisation de cette pratique, dans le cadre de la gestation pour autrui témoigne de l'incompatibilité entre ce mécanisme et notre droit. En outre, elle contribue à la négation des droits de la personne humaine, à rebours des préoccupations principales de la médecine traditionnelle.

## § 2. Les difficultés d'ordre éthique<sup>1772</sup>

**Gestation pour autrui et intégrité corporelle de la mère porteuse.** Il ressort de ces développements que, juridiquement, la mère porteuse n'est pas souveraine<sup>1773</sup> en ce qui concerne le choix du traitement médical. Dès lors, on pouvait craindre que cette dernière ne fasse pas l'objet d'attentions suffisantes pour éviter que son intégrité corporelle ou sa vie ne soient en danger. Ce risque est malheureusement avéré. La mère porteuse n'étant pas, au sens strict, la patiente du médecin qui pratique la GPA, il est en effet peu probable que les soins qui lui sont prodigués soient respectueux de sa personne.

En premier lieu, lors de l'acte initial, le médecin se place dans une optique particulière, celle de l'optimisation de la fonction reproductrice de la femme. C'est là l'une des grosses différences entre la GPA et la procréation médicalement assistée : dans le premier cas de figure, la finalité poursuivie est de nature économique ; dans le second, il s'agit, plus simplement, de soigner une patiente infertile. Dans cette hypothèse, il y a donc mise en œuvre d'une technique médicale particulière, selon les besoins et l'intérêt de la patiente<sup>1774</sup>. En revanche, dans le cas d'une GPA, il y a détournement d'une technique médicale pour faciliter la grossesse pour autrui d'une femme qui n'est pas stérile. Dans ces circonstances, l'utilité économique de l'utérus féminin prend le pas sur le respect de la personne humaine, ce qui peut conduire à des pratiques dangereuses pour l'intégrité corporelle ou la vie de la future mère porteuse. Ainsi, les inséminations, les FIV, les transferts d'embryons conduisent-ils souvent à des grossesses multiples. On constate d'ailleurs que, très souvent, les naissances d'enfants issus de la gestation pour autrui sont des naissances gémellaires. C'est le cas, notamment, des enfants *Menesson, Laborie ou Bouvet*<sup>1775</sup>. Or, les grossesses multiples posent deux difficultés. La première est relative au risque supplémentaire (pour la vie de la mère comme pour celles des enfants à naître) occasionné par le caractère spécifique de la grossesse. La seconde est liée à l'éventualité d'une réduction embryonnaire qui pose de nombreuses difficultés, également, en matière de prématurité, de fausse couche, de retard de croissance pour les fœtus, d'infection généralisée pour la mère, etc (...) <sup>1776</sup>.

Les difficultés relatives au respect de l'intégrité corporelle de la mère porteuse doivent être comparées, par ailleurs, à celles encourues par la donneuse d'ovocytes. Pour ces dernières, les données sont plus difficiles à recenser parce que, contrairement aux mères porteuses, elles sont

---

<sup>1772</sup> Sur l'impossibilité d'une gestation pour autrui éthique », V. Muriel Fabre-Magnan, *La famille en mutation*, op. cit. pp. 465-484. Rapp. *supra* note 1527, pages 331 et s. et 346 et s.

<sup>1773</sup> Rapp. O. Rey, Entretien, loc. cit. : « la liberté devient un leurre quand chaque fonction vitale suppose, pour être remplie, l'allégeance à un système économique-technique hégémonique ».

<sup>1774</sup> Voir l'interview du Docteur Chiche, Gynécologue à l'hôpital américain de Neuilly. En annexe.

<sup>1775</sup> V. Tableau n° 2, annexes, op. cit.

<sup>1776</sup> A ce sujet voir not. l'interview du Docteur Chiche, op. cit. ; M. Gaille, Le débat français sur la gestation pour autrui : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé, *Cahiers de la justice*, 2016, Dossier gestation pour autrui op. cit, pp. 289-302.

moins visibles. Mais, en pratiques, les donneuses d'ovocytes sont celles qui supportent les plus grands risques pour leur santé. Pour ces dernières, le protocole médical est particulièrement lourd (prises de sang, échographies à répétitions), le traitement hormonal souvent intempestif. Les médecins leur injectent parfois jusqu'à 18 fois les doses hormonales requises dans un cycle naturel pour obtenir une super-ovulation (de 9 à 30 ovocytes au lieu d'un seul, dans un cycle normal). La ponction qui s'ensuit, effectuée anesthésie générale, peut être fatale pour la jeune femme. On en a un exemple tragique avec le décès de Yuma Sherpa, décédée le 29 janvier 2014, suite à la ponction de ses gamètes<sup>1777</sup>.

En deuxième lieu, le déroulement de la grossesse ne s'effectue plus conformément aux besoins de la femme enceinte et de l'enfant qu'elle porte mais selon les désirs du couple commanditaire. Si les conséquences de cette conception sont plus ou moins dramatiques selon le pays dans lequel la gestation pour autrui est effectuée, il n'en reste pas moins que le respect et la liberté de la mère porteuse sont annihilés. Aux États-Unis, la gestatrice se soumet au contrôle intrusif des futurs parents ; en Inde, elle est enfermée dans une clinique spécialisée qui organise son emploi du temps et impose un régime strict<sup>1778</sup>.

Enfin, en troisième et dernier lieu, les circonstances dans lesquelles la naissance a lieu soulèvent de nombreuses difficultés. La plupart du temps, les mères porteuses accouchent par césarienne. Or, très souvent, il s'agit de césariennes de convenance, effectuées à la demande des parents commanditaires, soit pour leur permettre d'assister à la naissance, soit pour leur éviter de traumatiser et d'abîmer le bébé au moment de la délivrance. Quelle que soit la justification apportée, ces césariennes posent question. D'une part, il semblerait qu'elles ne soient pas dans l'intérêt du bébé. Des études récentes ont en effet mis en évidence les conséquences durables sur la santé primale du nouveau-né et sur son développement<sup>1779</sup>. Selon les données épidémiologiques les plus significatives, les enfants nés par césarienne seraient davantage sujets aux affections respiratoires (l'asthme notamment) ou du système digestif. D'autre part, la césarienne reste un acte médical risqué. Même quand elles sont correctement effectuées et suivies de soins adéquats, elles multiplient le risque de décès maternel par cinq. Or, dans des pays tels que l'Inde ou l'Ukraine, la mère porteuse ne fait l'objet d'aucun soin *post-partum* ce qui entraîne un taux de mortalité des mères porteuses relativement élevé<sup>1780</sup>.

**Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant.** Les contradictions de nature éthique, entre la gestation pour autrui et l'exercice de la médecine, ne se limitent pas à la mise en danger de l'intégrité corporelle et de la vie de la mère porteuse. L'examen de différentes affaires de GPA a mis en évidence trois séries de difficultés.

---

<sup>1777</sup> Blog du Collectif pour le Respect de la Personne, un collectif pour l'abolition de la maternité de substitution, *op. cit.*.

<sup>1778</sup> *Op. cit.*, déclaration de la COMECE, spéc. p. 7.

<sup>1779</sup> Les études médicales à ce sujet sont nombreuses. Parmi d'autres, voir celle menée par le Professeur M. Odent, Chirurgien obstétricien, qui a consacré la majeure partie de ses travaux à l'étude des conséquences des événements qui se déroulent durant la période primale (de la conception au premier anniversaire) sur la santé et le comportement de l'enfant et de l'adulte qu'il deviendra.

[http://www.regardconscient.net/archi06/0610odent.html#note\\*](http://www.regardconscient.net/archi06/0610odent.html#note*).

<sup>1780</sup> A ce sujet voir not. l'interview du Docteur Chiche, *op. cit.* ; la déclaration de la COMECE, *op. cit.*, spéc. p. 7 ; M. Gaille, « Le débat français sur la gestation pour autrui : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé », *op. cit.* ; C. de la Hougue et G. Puppincq, La gestation pour autrui. Une violation des droits de l'homme et de la dignité », in *European Centre for Law and Justice*, 20 mars 2013, Exploitation des femmes.

La première est relative à l'âge des parents commanditaires. Dans la quasi-totalité des cas, ces derniers sont relativement âgés au moment des faits. Madame Mennesson ou Madame Paradiso, par exemple, sont âgées de plus de 50 ans au moment des faits<sup>1781</sup>. Cet âge avancé pour devenir parent pour la première fois constitue même, pour les autorités judiciaires et diplomatiques, un indice probant de l'existence d'une situation de GPA<sup>1782</sup>. Manifestement, cet élément est contraire à l'intérêt de l'enfant qui, plus tôt que prévu, va devoir prendre soin de parents vieillissants. Le droit français l'a bien compris puisque, en matière d'AMP, les candidats ne sont admissibles qu'à la condition *sine qua non* d'être en âge de procréer<sup>1783</sup>. Dans le cadre de la GPA, les médecins qui la pratiquent font fi de ce critère rappelant, si besoin était, que ce mécanisme est exclusivement institué dans l'intérêt des parents.

Dans la même veine, le deuxième problème est lié à l'identité du ou des commanditaire(s). Dans une affaire sur deux, en moyenne, le commanditaire est un homme célibataire ou en couple avec un autre homme. Par voie de conséquences, l'enfant est, *ab initio*, privé de mère.

Enfin, la troisième et dernière difficulté porte sur la question du handicap, qu'il ait été décelé pendant la grossesse ou non<sup>1784</sup>. Dans le premier cas, la décision finale de se faire avorter ou non appartient généralement aux seuls parents commanditaires alors qu'une telle décision concerne en droit la mère qui porte l'enfant. En droit américain, cette hypothèse est expressément prévue dans les conventions de maternité de substitution, tout en précisant que le droit ou le refus d'avorter sont protégés<sup>1785</sup>. Mais, si la mère porteuse refuse de se plier aux exigences des parents, elle viole ses obligations contractuelles et peut voir sa responsabilité engagée<sup>1786</sup>. A notre sens, ôter toute liberté à la femme qui peut avoir à subir ce genre d'acte est d'une violence inouïe tant les conséquences d'une interruption volontaire de grossesse peuvent être d'une profonde gravité chez la femme qui la subit. Dans le second cas de figure - le handicap n'est découvert qu'à la naissance - le sort des enfants malades est généralement tragique. En 2014, l'histoire du petit Gammy, un bébé de sept mois atteint de trisomie et de malformations cardiaques avait d'ailleurs jeté l'opprobre sur la gestation pour autrui. Ses commanditaires, un couple d'Australiens, l'avait abandonné à sa mère porteuse de nationalité thaïlandaise. Ils étaient rentrés chez eux avec, pour seule enfant, la sœur jumelle du petit garçon, en parfaite santé. A cette époque, cette affaire avait relancé le débat sur la gestation pour autrui et avait incité le Gouvernement thaïlandais à mieux encadrer cette pratique. A ce jour, une réflexion est en cours.

En France, les discussions à ce sujet sont houleuses, mais le cadre juridique n'a pour autant guère évolué depuis 20 ans, y compris à l'international, sauf pour faciliter ces pratiques ou leurs effets, ce qui est paradoxal. Or, il s'avère aujourd'hui que le développement du tourisme procréatif complique énormément la tâche de ceux qui ont pour mission de lutter efficacement contre ce phénomène.

---

<sup>1781</sup> *Op. cit.*, tableau n° 2.

<sup>1782</sup> Voir l'interview du Procureur de la République chargé du service civil de Nantes, en annexe.

<sup>1783</sup> V. *Supra*, Partie I, Chapitre II Section I, Les pratiques d'assistance médicale à la procréation, pages 106 et s.

<sup>1784</sup> V. P. Tourame, Quelle liberté pour la mère porteuse ? Autour de la gestation pour autrui, Dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, *op. cit.*, pp.275-288, préc., spéc. p. 279 et s : « On mesure toute l'ambiguïté de la notion de projet parental qui exprime un désir d'enfant mais, quand cet « enfant à naître » est soumis aux aléas de la reproduction et devient un projet contrarié, il peut être destitué de son statut d'enfant désiré par le couple d'intention. »

<sup>1785</sup> V. Les traductions des différentes conventions de substitution, *supra* pages 131 et s.

<sup>1786</sup> *Ibid.*.

### **Section III. La mise à l'épreuve de la souveraineté nationale en matière de coercition**

La question du « tourisme procréatif » soulève des questions spécifiques, spécialement dans le cas de la GPA qui fait, sur le territoire français, l'objet d'une interdiction d'ordre public. Tel qu'il a été décrit, le tourisme procréatif est le résultat d'un profond désir d'enfant rendu inaccessible pour des raisons médicales ou, plus récemment, en raison de choix individuels.

Dans le cadre de la gestation pour autrui, la naissance d'un ou de plusieurs enfant(s) constitue alors l'aboutissement d'une stratégie mise en œuvre par le ou le(s) commanditaire(s) pour mettre en échec l'interdit français de la disponibilité du corps humain. Le droit français se trouve alors expressément confronté à une situation qu'il a formellement prohibée mais qu'il lui faut pourtant régler. Dans le cas d'une APM « sociétale » le phénomène est comparable.

Dégager des solutions est rendu considérablement compliqué par le contexte particulier de ces pratiques. Plus précisément, *« toute la difficulté vient de ce qu'au centre de cette politique du fait accompli, il y a un enfant, qui ne peut être tenu pour responsable des actes de ses parents et ne doit, par conséquent, pas être la victime de la répression qui s'ensuit<sup>1787</sup> »*.

Au regard des contradictions, juridiques, sociales, médicales ou éthiques que soulèvent l'AMP sociétale et la gestation pour autrui au regard du droit français<sup>1788</sup>, le problème ne doit pas pour autant se résoudre par l'ouverture « sociétale » de l'AMP et la légalisation de la gestation pour autrui. Corrélativement, les limites posées en droit interne ne devraient pas être contournées. La souveraineté nationale en matière de coercition est en jeu.

Sous ce dernier angle, délicat à maîtriser, les solutions préconisées doivent combiner deux finalités distinctes : le respect de l'intérêt de l'enfant et la limitation des effets du tourisme procréatif sur le territoire français.

Selon l'objectif poursuivi, la solution peut être de nature civile (§ 1) ou pénale (§ 2). Malheureusement, de nombreux obstacles brouillent la réflexion.

#### **§ 1. En droit civil**

**L'état du droit civil français face au tourisme procréatif.** Face au tourisme procréatif, le droit français se doit de suivre deux lignes directrices : la protection de l'intérêt de l'enfant et le respect de principes fermement ancrés en droit français et structurants de notre système juridique. En tout état de cause, la première ne peut, à elle-seule, concentrer l'essentiel du débat. En effet, et quoi qu'en disent les partisans de la GPA ou de l'ouverture « sociétale » de l'AMP, d'autres exigences doivent prévaloir, dont la primauté de certains principes humanistes qui interdisent, notamment, la marchandisation du corps humain et de la personne humaine. La raison en est simple : ces nouvelles pratiques n'ont pas été instituées dans l'intérêt des enfants ; elles n'ont été développées que dans l'intérêt des parents, pour satisfaire leur choix de vie. Ces

---

<sup>1787</sup> Rapport d'information de M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, *op. cit.*.

<sup>1788</sup> Voir les développements précédents.



pratiques visent à « fabriquer » l'enfant de toutes pièces ce qui signifie que, sans cette pratique, l'enfant n'existe pas.

Ces mécanismes consistent pour cette raison à servir un « droit à » l'enfant contraire à l'« intérêt de » l'enfant apprécié nécessairement, s'agissant d'évaluer le processus, au moment de la mise en œuvre de la pratique.

Or, pour ce qui concerne le respect de l'intérêt de l'enfant, l'état actuel du droit législatif français est satisfaisant en ce qu'il situe l'appréciation de cet intérêt au bon moment, c'est-à-dire avant que la situation de « droit à l'enfant » ne soit constituée. En outre, il doit être tenu compte, nécessairement, de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant également en amont du processus.

En ce qui concerne le respect de certains principes fondamentaux du droit français, l'état actuel du droit positif est, là encore, théoriquement, satisfaisant. Certes, la vente d'enfant ou la location d'utérus ne sont pas formellement prohibées, mais l'indisponibilité du corps humain<sup>1789</sup> remplit la même fonction. En outre, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes devrait permettre d'endiguer les dérives dans le domaine de l'AMP sociétale et du transsexualisme. Cependant, la jurisprudence française a montré son impuissance<sup>1790</sup>, spécialement depuis la loi du 17 mai 2013<sup>1791</sup>.

De même, la loi du 18 novembre 2016 a considérablement fragilisé le principe d'indisponibilité de l'état des personnes que certains n'hésitent pas à qualifier de mythe<sup>1792</sup> alors même que ce principe assure la stabilité, l'origine et la fiabilité de la filiation de l'enfant<sup>1793</sup>.

Dans le rapport d'information remis récemment à la Commission des lois<sup>1794</sup>, les rapporteurs ont souligné toute l'importance de « *refuser d'entériner le principe d'une transcription complète de l'acte d'état civil étranger, ce qui reviendrait à priver d'effets la prohibition de la GPA* ». La solution qu'ils préconisent est la suivante : « *autoriser expressément l'enfant, et lui seul, à faire établir sa filiation dans le respect strict des exigences du droit français* ». A notre sens, cette proposition présente l'avantage de sanctionner, symboliquement, les parents auteurs d'une violation à la loi française sans porter atteinte aux intérêts de l'enfant. Elle favorise ainsi l'instauration d'un équilibre entre le respect de la prohibition de la GPA et l'intérêt de l'enfant, tout en supposant des aménagements la rendant concrètement praticable.

**La nécessité d'une concertation internationale.** Au regard du caractère international du « tourisme procréatif », les concertations inter-étatiques et de droit international privé engagées<sup>1795</sup> devront être poursuivies afin d'éviter une expansion trop importante de ce nouveau marché. En outre, une coopération internationale pourrait faciliter la mise en œuvre de poursuites par les autorités françaises sur son territoire. A ce jour, en effet, l'un des principaux obstacles à la lutte contre le « tourisme procréatif » réside dans les difficultés qu'ont les pouvoirs judiciaires ou consulaires d'obtenir des informations fiables<sup>1796</sup>.

Dans une certaine mesure, certains ont pris conscience de cette difficulté en limitant le recours à la gestation pour autrui à ses propres ressortissants. C'est le cas, depuis, l'origine, du

---

<sup>1789</sup> Sur l'analyse des fondements, v. C. Brunetti-Pons, « Deux arrêts de la CEDH favorisent le développement des conventions de mère porteuse à l'échelle internationale », *RLDC* sept. 2014, pp. 47-50.

<sup>1790</sup> V. *Supra* Partie II, Chapitre II, Section II, § 3, pages 268 et s.

<sup>1791</sup> V. *Supra* Partie II, Chapitre II, Section III, pages 281 et s.

<sup>1792</sup> A.-M. Leroyer, La filiation des enfants nés par GPA au regard du droit français, *loc. cit.*

<sup>1793</sup> V. *Supra*, spéc. Partie II, Chapitre I, Section II, Sous-section III, pages 232 et s.

<sup>1794</sup> Rapport d'information de M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, *op. cit.*.

<sup>1795</sup> V. *Supra*, Partie II, Chapitre I, Section 1, § 1, pages 183 et s.

<sup>1796</sup> Voir l'interview du Procureur de la République chargé du service civil de Nantes, en annexe.

Royaume-Uni qui a interdit à des couples étrangers d'avoir recours à la GPA sur son propre territoire<sup>1797</sup>. L'Inde<sup>1798</sup> et la Thaïlande, également, ont entamé une réflexion en ce sens, suite à de récents scandales retentissants<sup>1799</sup>.

Le mécanisme des conventions internationales est sans doute l'outil adéquat, même s'il présente aussi des difficultés. L'avantage de ces traités est de définir un cadre dans lequel on peut accepter, dans l'ordre juridique interne, des situations juridiques créées à l'étranger. Mais la plupart de ces textes comportent également des dispositions d'éviction des situations juridiques étrangères par le jeu de l'ordre public. Or, dans les conventions internationales, cet ordre public est peu ou prou défini. Un exemple peut être tiré de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale signée à la Haye le 29 mai 1993. Selon l'article 17 de ce Traité, les États signataires s'engagent à ne pas prononcer une adoption en faveur de ressortissants étrangers s'ils ne se sont pas préalablement assurés qu'ils étaient autorisés à adopter dans leur propre pays.

Au plan civil, l'Etat français connaît des difficultés à faire respecter l'ordre public tel qu'il le définit. Il en va de même en matière pénale.

## § 2. En droit pénal

**La mise à l'épreuve du droit pénal français par le tourisme procréatif.** L'examen des affaires en lien avec le tourisme procréatif témoigne que de nombreux actes relatifs à la gestation pour autrui tombent sous le coup de la loi pénale française. Certaines infractions, qui ont d'ores et déjà été évoquées, ne présentent guère de difficulté quant à leur définition et quant au lien qu'elles entretiennent avec la gestation pour le compte d'autrui<sup>1800</sup>. D'autres, en revanche, laissent plus de place à la discussion. Il s'agit, en particulier, de l'esclavage, qui constitue une forme de traite des êtres humains. Certains auteurs, en effet, n'ont pas hésité à constater l'existence d'une nouvelle forme de traite au travers de la mise à disposition de la femme et de son corps au service des parents commanditaires<sup>1801</sup>. Il est certain que, depuis la loi n° 2013-711 du 5 août 2013<sup>1802</sup> qui a modernisé les notions d'esclavage et de traite des êtres

---

<sup>1797</sup> Rapport d'information de M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, *op. cit.*

<sup>1798</sup> En août 2016, la ministre indienne des affaires étrangères Sushma Swaraj déclarait que seuls les couples indiens mariés pourraient avoir recours à la GPA. Il s'agit d'un projet de loi très large visant à interdire complètement la pratique commerciale de la GPA. Les couples sans enfants, qui ne peuvent en avoir pour des raisons médicales, peuvent demander de l'aide à un parent proche, dans le cadre de la GPA « altruiste ».

<sup>1799</sup> *Ibid.*. L'affaire du petit Gammy, en particulier, a été à l'origine de cette réflexion.

<sup>1800</sup> Lors de développements précédents, nous avons mentionné certaines infractions dont la réalisation est favorisée par l'existence d'une gestation pour autrui. Il s'agit notamment des délits de simulation d'enfant (C. pén., art. 227-13), de provocation à l'abandon d'enfant (C. pén., art. 227-12), d'obtention à titre onéreux de gamètes humains (C. pén., art. 511-9), d'insémination artisanale (C. pén., art. 511-12), de divulgation d'informations permettant l'identification du couple receveur ou du donneur (C. pén., art. 511-10), ou encore de fabriquer des embryons humains contre paiement (C. pén., art. 511-15), etc.

<sup>1801</sup> En ce sens voir, notamment, C. Brunetti-Pons, *RLDC*, nov. 2013, pp. 41-45, spéc. p. 44 : « *Sous cet éclairage, la gestation pour autrui est une pratique que l'on peut qualifier de « traite de personnes » au sens de la Convention des Nations unies du 15 novembre 2000...* ». V. déjà J. Robert, « Le corps humain et la liberté individuelle en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome 26, Paris, Dalloz, 1975, spéc. p. 473. ; pour une analyse approfondie de la question, V. M. Fabre-Magnan, *Les nouvelles formes d'esclavage et de traite*, ou le syndrome de la ligne Maginot, *D.*, 2014, p. 491. Et v. *Supra*, pages 344 et s

<sup>1802</sup> Loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

humains, on peut se poser la question. Si, classiquement, l'esclavage se définissait comme la situation de la personne privée de liberté, réduite à l'état de bien matériel, propriété d'une autre personne (à ce titre, exploitable et négociable par ledit propriétaire), le nouvel article 224-4-1 A du Code pénal propose une définition plus large. Selon ce texte, l'esclavage se définit désormais comme « *le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété* ». Il n'est donc plus besoin de se servir de l'individu comme d'une monnaie d'échange ou de le considérer comme un objet de propriété, il suffit de s'en approprier *l'usus* (par exemple l'usage de l'utérus féminin) ou le *fructus* (la jouissance des gamètes féminins ou l'enfant à naître) qui constituent, avec *l'abusus*, les trois éléments constitutifs du droit de propriété. De ce point-de-vue, l'éventualité d'une nouvelle forme d'esclavage peut raisonnablement être envisagée bien que, à ce jour, elle n'ait jamais été officiellement admise<sup>1803</sup>, notamment au regard du facteur temporel : l'esclavage comporte habituellement une dimension d'attachement « à perpétuité<sup>1804</sup> ». La gestation pour le compte d'autrui pourrait dès lors être qualifiée d'esclavage pendant la durée d'exécution du contrat.

Quoi qu'il en soit, et quelle que soit la qualification retenue, il est à regretter que, en pratique, les poursuites pénales contre les auteurs de ces infractions demeurent rares. Celles-ci peuvent se heurter, en effet, à des problèmes de compétence de la loi pénale française en raison, notamment, des difficultés matérielles à constater la réalisation d'un élément constitutif d'une infraction en lien avec la gestation pour autrui sur le sol français. En principe, selon la règle de la territorialité de la loi pénale, celle-ci ne s'applique qu'aux seules infractions commises sur le territoire de la République<sup>1805</sup>. Or, les contrats de gestation pour autrui ayant été majoritairement exécutés à l'étranger, le tourisme procréatif ne pourrait pas tomber sous le coup de la loi française. Par exception, la loi pénale française peut toutefois être mise en œuvre chaque fois que le fait pénal a été commis par ou à l'encontre d'un Français<sup>1806</sup>. En vertu du principe de la compétence personnelle, un Français peut être poursuivi sur le territoire national pour des actes commis à l'étranger, à condition que le fait répréhensible reçoive une

---

<sup>1803</sup> Cette réflexion peut d'autant plus être menée que la traite des êtres humains, qui regroupe toutes les formes d'exploitation de la personne humaine (y compris l'esclavage, mais de manière non exclusive) a aussi fait l'objet d'une rénovation. En effet, le législateur précise, à l'article 225-4-1 du même code, les circonstances dans lesquelles l'infraction est constituée. Il s'agit de l'emploi de violence ou de manœuvre dolosive, d'un abus d'autorité, de l'exploitation d'une situation de vulnérabilité particulière ou de l'octroi d'une rémunération ou de tout autre avantage en échange du travail fourni. A l'évidence, la dernière hypothèse est celle qui s'approche le plus des circonstances dans lesquelles la gestation par personne interposée est mise en œuvre. Mais la gratuité de l'opération poursuivie n'est pas *de facto* exclusive de la constitution de l'infraction dès lors que l'on se situe dans l'un des trois premiers cas visés par le texte. La première alternative visée par l'article 225-4-1 du Code pénal est celle de l'emploi de violences visant la victime, sa famille ou ses proches. Il n'est précisé ni la provenance, ni la nature de ces actes. Or, il est tout à fait certain que certaines femmes qui acceptent de porter l'enfant d'autrui subissent des violences particulières, physiques ou morales qui peuvent provenir des intermédiaires, des proches de la victime ou des commanditaires eux-mêmes. Le deuxième cas de figure visé par l'article précité est celui de l'abus d'autorité. Cette disposition sera particulièrement bienvenue dans un contexte de gestation pour autrui intrafamiliale, parce que les relations particulières entre la mère porteuse et les commanditaires en constituent un terrain fertile. Même en dehors de ce contexte, un abus d'autorité est toujours possible, à condition d'admettre qu'il ne provienne pas obligatoirement des commanditaires. En effet, l'entourage proche de la future mère porteuse joue parfois un rôle décisif – et abusif – dans le choix de cette dernière. La troisième et dernière circonstance prise en compte à l'article 225-4-1 du Code pénal est celle de l'exploitation d'une situation de grande vulnérabilité liée à l'âge, à la maladie, à l'infirmité, à la déficience physique ou psychique ou à l'état de grossesse de la victime. Il n'est pas exclu que cette disposition puisse s'appliquer, en particulier lorsqu'une implication sur le territoire français est constatée. En effet, dans toutes ces hypothèses, la vulnérabilité de la mère porteuse est un dénominateur commun.

<sup>1804</sup> C'est pourquoi notamment les prestations de service à perpétuité (sans limites dans le temps) sont prohibées en droit français.

<sup>1805</sup> C. pén., art. 113-2, al. 1.

<sup>1806</sup> C. pén., art. 113-6 et 113-7.

qualification pénale en droit français ainsi que dans le pays où la convention de substitution a été passée. C'est ce que l'on appelle la règle de la double-incrimination.

Dans l'hypothèse où les faits ont été accomplis dans un cadre légal, les poursuites pénales sur le territoire de la République seront impossibles. Or, par définition, les pays vers lesquels se tournent les ressortissants français autorisent la gestation pour autrui. En conséquence, chaque fois que la gestation pour autrui est entièrement réalisée à l'étranger dans un pays qui l'admet, il ne peut y avoir de poursuites pénales à l'encontre des parents d'intention. L'incapacité du droit pénal français à appréhender de telles situations s'est d'ailleurs manifestée au travers d'une affaire ayant donné lieu, en 2004, à une ordonnance de non-lieu de la part d'un juge d'instruction de Creteil<sup>1807</sup>. Dans cette affaire, un couple de Français avait eu recours à la GPA dans l'Etat de Californie. A leur retour en France, les commanditaires ont requis, auprès du consulat français, la transcription de l'acte de naissance américain à l'état civil français. Les autorités ayant suspecté un cas de gestation pour autrui, des poursuites ont été engagées pour tentative de simulation d'enfants. Mais, tous les faits ayant été accomplis dans un Etat qui autorisait cette pratique, c'est logiquement que le juge d'instruction a constaté l'inapplicabilité de la loi pénale française. Il en va différemment lorsque le principe de la compétence personnelle s'applique en raison de la nationalité française de la victime. Dans ce cas de figure, la règle de la double incrimination disparaît. Mais, dans cette hypothèse, une difficulté demeure, celle de l'identification de la victime qui, selon la jurisprudence, doit être la victime directe<sup>1808</sup>. Or, selon la qualification retenue, celle-ci peut être l'enfant (le délit d'abandon ou de simulation d'enfant) ou la mère porteuse (divulgaration d'informations la concernant). Des difficultés juridiques de même nature existent pour les cas dans lesquels les règles pénales sanctionnant l'AMP « sociétale » sont mises en œuvre.

**Possibilités au pénal.** Le droit pénal français n'est pas aussi démuné qu'il n'apparaît et dispose de moyens techniques pour appréhender la plupart des faits en lien avec des situations consistant à contourner les interdictions du droit interne au pénal. En effet, le principe de la compétence territoriale ne suppose pas que tous les éléments constitutifs de l'infraction aient été réalisés sur le territoire français. Il exige, plus simplement, qu'au moins l'un d'entre eux ait été commis sur le territoire national ou encore que le résultat de l'infraction y ait été constaté. Or, dans la plupart des situations, au moins un fait constitutif a été commis en France. Comme le fait très justement remarquer un auteur, l'ère d'Internet favorise considérablement le rattachement de ces infractions à la loi française<sup>1809</sup> : la plupart des contacts et contrats auront été initiés par ce moyen. Le résultat de ces infractions est en outre toujours perceptible en France. En effet, il s'agit de se comporter comme le parent de l'enfant né par GPA ou en violation des règles de l'AMP et de faire établir un lien de filiation avec ce dernier. Autrement dit, la modification de l'état civil du bébé ou l'établissement de la filiation par un fondement juridique tel que l'adoption est la finalité même des infractions en cause. Néanmoins, la mise en œuvre de poursuites sur ce fondement se heurte à un obstacle de taille : le secret qui entoure ces pratiques. En effet, pour poursuivre, encore faut-il que les autorités judiciaires soient informées de l'existence de tels faits. Or, la plupart du temps, ce n'est pas le cas<sup>1810</sup>.

Les difficultés soulevées ne sont sans doute pas les seules raisons qui expliquent le petit nombre de poursuites. Plus vraisemblablement, il existe une volonté de ne pas poursuivre ou de limiter

---

<sup>1807</sup> TGI Créteil, 30 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 476, note V. Depadt-Sebag.

<sup>1808</sup> Cass. crim., 21 janvier 2009, n° 07-88.330, *Bull. crim.*, n° 22.

<sup>1809</sup> Ch. Blanchard, Le droit pénal, in *La famille en mutation*, Arch. phil. Droit, t. 57, Dalloz, 2014, p. 349 et s.

<sup>1810</sup> Voir l'interview du Procureur de la République chargé du service civil de Nantes, en annexe.

les poursuites lorsqu'elles ont lieu. Il suffit de constater les peines prononcées à l'encontre des auteurs de ces infractions, celles-ci étant toutes relativement faibles : 4 mois avec sursis pour la commanditaire de l'enfant porté par la jeune Togolaise, entre 18 mois et 5 ans avec sursis dans l'affaire des bébés Roms<sup>1811</sup>. A cet égard, l'affaire de Blois est particulièrement illustratrice de cette volonté d'enrayer l'intervention du juge pénal en la matière, y compris comme dans les affaires citées pour la GPA. Dans les faits, une jeune femme était poursuivie pour escroquerie pour avoir vendu son enfant à deux couples distincts et avoir annoncé la mort *in utero* du fœtus à l'un d'entre eux. Bien que les parties civiles aient requis une qualification plus évocatrice d'une affaire de gestation pour autrui, le juge pénal n'a pas accédé à la demande, alors même que le chef d'escroquerie semblait peu adéquat<sup>1812</sup>. Au final, la jeune femme a écoppé d'un an de prison avec sursis ; les couples qui ont acheté les enfants à 2.200 € d'amende, également avec sursis<sup>1813</sup>.

**Les modifications souhaitables.** En l'état actuel du droit positif et de nos réflexions, trois modifications sont souhaitables afin d'améliorer et de faciliter les poursuites pénales.

La première dépendrait d'une initiative à l'international. Comme pour le volet civil, il s'agirait de mettre en place une politique commune destinée à la protection des êtres humains. C'est ce que préconise un auteur qui évoque la nécessité d'une coopération inter-étatique pour lutter contre le tourisme procréatif<sup>1814</sup>. Cette coopération pourrait prendre la forme d'une convention à vocation universelle qui aurait pour objet de « *jeter les bases d'un instrument de coopération, sans règles de conflit de lois et/ou de conflits de juridictions (...)* ».

La deuxième modification pourrait résider dans le relèvement du *quantum* des peines applicables. C'est d'ailleurs l'une des propositions formulées par les rédacteurs du rapport sur la gestation pour autrui déposée auprès de la Commission des lois<sup>1815</sup>. Cela pourrait se traduire, notamment, par une criminalisation des infractions. L'aggravation des peines n'aurait sans doute qu'une portée symbolique, les *maxima* n'étant que très rarement prononcés. Mais, en tout état de cause, elle pourrait présenter un caractère plus dissuasif de nature à freiner l'expansion du tourisme procréatif. Pour cela, l'introduction, dans notre droit, d'une infraction spécifique à la vente d'enfants serait sans doute souhaitable. Ce crime existe en droit international<sup>1816</sup> et les sanctions pourraient jouer sur ce fondement (hiérarchie des normes). Mais, à ce jour, cette infraction n'est pas consacrée en droit interne français.

Enfin, la troisième et dernière mesure envisageable reposerait sur la suppression de la règle de la double incrimination. En certains domaines, notamment le tourisme sexuel, cette règle a d'ores et déjà disparu<sup>1817</sup>. Aussi cette proposition est-elle juridiquement réalisable. En pratique, l'abolition de ce principe de la double incrimination favoriserait largement les poursuites contre les ressortissants français, même dans les cas où la totalité de l'infraction a été commise à l'étranger. Ainsi, le droit pénal deviendrait un instrument efficace de lutte contre le « tourisme procréatif » qui porte atteinte à la souveraineté nationale.

---

<sup>1811</sup> V. Tableau n° 1, *op. cit.*

<sup>1812</sup> V. *Infra*, ci-dessus.

<sup>1813</sup> T. corr. Blois, 26 janvier 2016.

<sup>1814</sup> H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *J.D.I.*, 2014, pp. 563 et s., spéc. p. 577.

<sup>1815</sup> Rapport d'information de M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, *op. cit.*.

<sup>1816</sup> Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, signé le 25 mai 2000, art. 2 – a.

<sup>1817</sup> C. pén., art. 222-22, al. 3.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

La famille est la cellule élémentaire de base grâce à laquelle la société protège, encadre et éduque les nouvelles générations. De grands textes internationaux le proclament en ces termes : *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat*<sup>1818</sup>, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge<sup>1819</sup>.

Le droit de la filiation représente le mode juridique de désignation des père et mère de l'enfant, les nouvelles pratiques de procréation y renvoyant par des mécanismes juridiques fondés sur un principe d'assimilation, donc de vraisemblance<sup>1820</sup>. Cette cohérence a été ébranlée en France par la loi du 17 mai 2013. Désormais, deux personnes de même sexe peuvent être désignées comme les parents de l'enfant par la voie de l'adoption et grâce à la mise à l'écart des règles du droit commun de la filiation, celles du titre VII du Livre 1<sup>er</sup> (C. civ. art., 6-1<sup>821</sup>).

Des contradictions et interactions de normes ont été analysées<sup>1822</sup>. Celles-ci sont aggravées par les disparités qui s'affirment peu à peu entre les différentes législations sur le sujet<sup>1823</sup>. En quelques années et face aux difficultés que suscite l'adoption, un « tourisme procréatif » s'est développé par le canal de l'AMP et de la GPA<sup>1824</sup>.

L'ordre public français devait pouvoir l'endiguer mais il a de plus en plus de mal à l'obtenir<sup>1825</sup>, non seulement sous la pression des intérêts financiers en jeu, mais aussi et précisément en conséquence des bouleversements opérés en droit de la famille par les évolutions récentes.

A l'issue de celles-ci, les revendications sont de plus en plus radicales<sup>1826</sup> : il est sporadiquement question d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes<sup>1827</sup>, d'autoriser la promotion de la GPA, de

---

<sup>1818</sup> Art. 16 § 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Art. 23-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 déc. 1966 ; décret n° 82-76 du 29 janvier 1981 en portant publication, J. O. du 1<sup>er</sup> fév. 1981, p. 398.

<sup>1819</sup> Art. 10-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 déc. 1966 ; décret n° 81-77 du 29 janv. 1981 en portant publication, J.O. du 1<sup>er</sup> fév. 1981, p. 405.

<sup>1820</sup> V. *L'enfant oublié, op. cit.*

<sup>1821</sup> V. *Supra* pages 350 et s.

<sup>1822</sup> V. *Supra* pages 181 et s.

<sup>1823</sup> V. *Supra* pages 146 et s.

<sup>1824</sup> V. *Supra* pages 106 et s., 124 et s.

<sup>1825</sup> V. *Supra* pages 344 et s.

<sup>1826</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie de la question de l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA) pour les couples de femmes dans l'affaire *Charron et Merle-Montet contre France* (n° 22612/15).

<sup>1827</sup> Proposition de loi visant à ouvrir l'AMP aux couples de femmes, déposée le 28 mai 2014 à l'Assemblée nationale ([http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/acces\\_egalitaire\\_assistance\\_procreation.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/acces_egalitaire_assistance_procreation.asp));

faciliter le changement de sexe à l'état civil – ce que vient de décider la loi française du 18 novembre 2016, voire de supprimer la mention du sexe à l'état civil<sup>1828</sup>.

Si de tels désirs d'enfant *peuvent* aujourd'hui être satisfait, il convient de se demander jusqu'où ils *doivent* l'être ?

Les législateurs sont libres de favoriser et d'instituer les pratiques de « droit à l'enfant<sup>1829</sup> », dans les limites que fixent les traités et les constitutions, ou, à l'inverse de les interdire<sup>1830</sup>.

Le présent rapport met notamment en relief les constats suivants :

- 1- ***Dans les situations analysées, l'enfant fait l'objet d'un droit***, non pas d'un attribut de l'autorité parentale qui viserait à le protéger, mais d'un arrangement entre adultes empêchant *de facto* l'enfant, de façon plus ou moins large selon les combinaisons imaginées, de faire établir sa filiation *réelle*, au sens de l'arrêt *Mandet c/ France*. Ce « droit à l'enfant » n'est pas expressément consacré en législation ou en jurisprudence. Il ne peut être comparé aux cas dans lesquels une adoption se substitue à la filiation réelle ou la pallie car, dans ce dernier cas, l'enfant n'est pas privé en amont de la possibilité d'exercer une action en recherche de maternité ou de paternité, y compris après jugement si l'adoption est simple. Il se différencie aussi d'un mécanisme d'AMP avec tiers donneur reposant sur un don de sperme qui ne prive pas l'enfant de père mais permet à un homme qui assume cette paternité (C. civ. art., 311-19 et 311-20) de bénéficier d'un tel don, pour des motifs thérapeutiques. *Admettre la progression d'un « droit à l'enfant » risque de faire implorer notre actuel système juridique au détriment de ceux qui bénéficient aujourd'hui de l'institution de l'adoption ou de l'AMP avec tiers donneur*. En outre, la loi du 17 mai 2013 questionne en ce qu'elle écarte les règles générales (C. civ. art., 320 ; C. civ. art., 358, C. civ. art., 312 et s ; C. civ. art., 310,...) pour permettre une parenté à l'égard de couples de personnes de même sexe (C. civ. art., 6-1 ; C. civ. art. 143). Il y a lieu de relever, à ce stade de nos réflexions, que la règle générale n'est pas *a priori* inapplicable pour autant en cas de mise en danger de l'enfant (retrait, assistance éducative), mais que, pour l'instant, on ne recense aucun cas de retrait ou (et) d'assistance éducative fondé sur l'exercice d'un « droit à l'enfant », y compris lorsqu'une règle de droit d'ordre public a été violée pour ce faire. Lors de nos expertises et interviews de procureurs, magistrats en général et médecins, il est apparu que le sujet est parfaitement tabou. Prenons l'exemple de la réponse de l'un des médecins interrogés dans le cadre de notre recherche : « *si je signale cet enfant (âgé de trois ans et qui refusait de se nourrir), les parents concernés ne viendraient plus me voir et l'enfant pourrait mourir chez lui* ». Le Docteur Lévy-Soussan, en revanche, souligne à la fois les besoins de l'enfant, spécifiques et différenciés, à l'égard de ses père et mère ainsi que les dangers, pour l'enfant, des pratiques de « droit à l'enfant »<sup>1831</sup>; le Docteur Chiland non plus, soulignant par exemple : « *il m'est arrivé de recevoir un couple dans lequel l'homme est déjà père de trois enfants avec sa femme et me demande d'être réassigné sexuellement pour transsexualisme. En ce cas, bien sûr, je refuse et explique*

---

proposition de loi déposée au Sénat visant à ouvrir la PMA aux couples de femmes, « dans un souci d'égalité » (<http://www.senat.fr/leg/pp16-043.html>).

<sup>1828</sup> Selon D. Borrillo, pour faciliter les adoptions et filiations des « transgenres », Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre, in N. Gallux, *Droit des familles, genre et sexualités*, Anthémis/GDDJ., 2012, p. 7 et s. V. *Supra* pages 56 et s., 137 et s et 232 et s.

<sup>1829</sup> V. *Supra* pages 23 et s et pages 26 et s.

<sup>1830</sup> V. *Supra* pages 249 et s.

<sup>1831</sup> V. *Supra* pages 306 et s.

à ces personnes qu'il ne peut s'agir de syndrome de transsexualisme en présence d'une triple paternité, mais je sais qu'elles peuvent aller à l'étranger, moyennant finances, y compris pour une castration de ce père de famille...<sup>1832</sup>».

- 2- **Dans les cas de GPA, le contrat peut être qualifié de « commande d'enfants », ouvrant la marchandisation de l'enfant et du corps de la femme<sup>1833</sup>.** Les pressions exercées sur les mères gestatrices questionnent au demeurant l'intégrité du consentement contractuel, mis en avant par les commanditaires et la littérature qui entretient leur déni ; le mythe de l'autonomie de la volonté contractuelle touche ici ses limites face à l'exploitation des pays pauvres et du corps des femmes.
- 3- **Les retombées de telles pratiques<sup>1834</sup> sont plus que préoccupantes.** Elles méritent que l'on s'y attarde quelque peu.

Une approche sociologique a permis de révéler à quel point l'aspect compassionnel, émotionnel ou passionnel aveugle en la matière. Quelles sont les retombées des pratiques de « droit à l'enfant » ?

**1- Les retombées au regard des liens entre la filiation juridique et la construction psychique de l'identité chez l'enfant<sup>1835</sup> :** la construction filiative d'un enfant se fait à partir de la scène d'engendrement. A défaut, il faut aider l'enfant à réassocier les différents éléments de sa vie familiale pour lui permettre de se construire. Or, dans ce processus de réassociation, tout obstacle supplémentaire est un risque (un défi) pour l'enfant. Il n'est donc pas facile pour un enfant de se construire dans le cadre d'une AMP venant pallier une stérilité médicalement constatée<sup>1836</sup> ; il est encore plus difficile pour un enfant de se construire en présence d'une AMP ou d'une adoption « sociétale » et pire encore si viennent s'y ajouter une convention de mère porteuse ou un changement de sexe parental<sup>1837</sup>.

**2- Les retombées éthiques, médicale, juridiques et sanitaires<sup>1838</sup> :** outre les sérieuses difficultés identitaires dans le cas d'un don de gamètes, le recours aux techniques reproductives n'est pas anodin. Alors même que l'on raisonne sur une *assistance médicale à la procréation* autorisée par la loi française, ses conséquences affectent notamment la santé des membres de la famille et les relations familiales. Les familles sont d'autant plus désemparées qu'elles ne s'y attendent pas, en étant rarement informées. Le cas est aggravé lorsque des interdits légaux ont été contournés. Les familles, fragilisées dans ce type d'hypothèses, ne peuvent pas l'anticiper. Il appartient au droit, qui ouvre l'accès à l'assistance médicale à la procréation, en amont, de prévenir au mieux les dérives et retombées éthiques, médicales et sanitaires pour les parents et pour l'enfant. Si le droit s'avérait incapable de les endiguer, il faudrait repenser l'encadrement juridique de ces pratiques.

---

<sup>1832</sup> Propos recueilli pendant nos travaux.

<sup>1833</sup> V. *Supra* pages 331 et s, spéc., les retombées juridiques pages 344 et s.

<sup>1834</sup> V. *Supra* pages 306 et s.

<sup>1835</sup> *Ibidem*.

<sup>1836</sup> V. *Supra* Partie III, Chapitre I, Section I.

<sup>1837</sup> V. *Supra* pages 306 et s.

<sup>1838</sup> V. *Supra* pages 327 et s.



S'agissant de la *gestation pour le compte d'autrui*<sup>1839</sup>, il est difficile d'évaluer les retombées des pratiques. Les sociétés qui promeuvent la gestation pour autrui publient sur leurs sites des photographies de mères porteuses rayonnantes et de bébés souriants. Des auteurs, surtout à l'international dans les pays occidentaux, défendent une « GPA éthique » *via* des expressions du type « la filiation et l'Odyssée », « faire de l'éthique », défendre une « filiation métissée », tout en critiquant l'acharnement procréatif. De fortes manipulations et même reprogrammations cognitives des femmes, dont la réussite est évoquée par certains chercheurs occidentaux comme preuve de l'efficacité des agences de GPA, se révèlent cependant nécessaires pour éviter que les mères porteuses ne s'attachent à l'enfant. La réalisation de cet objectif s'effectue le plus souvent dans un cadre parfois carcéral ou, à tout le moins, semi-carcéral (Inde) ou de contrôle total sur les femmes et leur comportement (USA), ou parfois dans un cadre intra-familial mais avec alors des risques de dérives graves comme l'illustre l'affaire africaine relatée dans le rapport<sup>1840</sup>. Comment concilier ces pratiques avec nos principes fondamentaux d'indisponibilité de l'état des personnes et de la filiation<sup>1841</sup>, de dignité et de prohibition de la traite des personnes<sup>1842</sup> ?

**3- Les enjeux sociétaux :** les retombées des pratiques de « droit à l'enfant » impactent aussi la structure, l'organisation et le fonctionnement de la société, spécialement lorsque le droit les consacre, ou les favorise. *Le rôle des institutions* se trouve ébranlé<sup>1843</sup>. Sur ce terrain, l'état du droit a été modifié par la loi du 17 mai 2013 et, depuis lors, il devient compliqué de placer tous les enfants sous la protection de la même loi<sup>1844</sup>. Le titre VII du livre Ier du Code civil ne s'applique plus à tous les enfants depuis la loi de 2013, spécialement l'article 320 (interdisant l'établissement de deux filiations maternelles ou de deux filiations paternelles<sup>1845</sup>), par détachement de la causalité<sup>1846</sup>. Institutionnaliser sans logique filiative fragilise l'enfant et les institutions dont le rôle est, en ce domaine, de traduire l'ordre de la reproduction : filiation, parenté, généalogie. La déstructuration des règles applicables au plus grand nombre ne s'accomplit pas sans une sérieuse prise de risques pour l'enfant, les familles et la collectivité.

Ces nouvelles pratiques impactent aussi *l'exercice de la médecine*. Au-delà du constat selon lequel la fabrication des enfants entre dans l'ère industrielle et offre une perception de plus en plus technique d'un fait naturel, le patient n'est plus souverain (dans le cas de GPA) ; ce médical peut mettre la vie des patients en danger (décès de la mère porteuse ou de la donneuse d'ovocyte ; risques pour la santé, liés à l'immersion dans les hormones,...). Dans le cas de GPA, l'un des « écueils éthiques les plus frappants » tient au fait que ce sont en réalité les couples commanditaires qui contractent avec une structure de soin-agence de placement, laquelle va alors administrer des « soins » à une tierce personne, la mère porteuse.

Enfin, dans les cas de « tourisme procréatif », *la souveraineté nationale en matière de coercition* est en jeu. Le droit français se trouve alors, par hypothèse, confronté à une situation qu'il a formellement prohibée mais qu'il lui faut pourtant régler. La difficulté consiste sur ce terrain à allier le respect de l'intérêt de l'enfant (auquel revient d'avoir

---

<sup>1839</sup> V. *Supra* pages 126 et s., et pages 331 et s.

<sup>1840</sup> *Ibidem*, et V. Tableaux en annexe.

<sup>1841</sup> V. notamment *supra* pages 56 et s.

<sup>1842</sup> V. *Supra* pages 344 et s.

<sup>1843</sup> V. *Supra* pages 350 et s.

<sup>1844</sup> V. *Supra* pages 352 et s.

<sup>1845</sup> C. const, Décision du 17 mai 2013, préc., v. *Supra* pages 249 et s.

<sup>1846</sup> V. *Supra* pages 354 et s.

un statut juridique) et la limitation des effets du tourisme procréatif sur le territoire français.

Au fil du rapport, il est apparu qu'une impasse se dessine de plus en plus nettement : l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard d'une situation de fait déjà constituée fausse non seulement le contrôle réalisé mais aussi l'analyse du contenu de la notion (appréciation abstraite-appréciation concrète<sup>1847</sup>). Toutefois, la meilleure articulation possible peut être recherchée, en interne et à l'international, entre le jeu des règles de droit dont la mission est d'endiguer la constitution, en amont, de « situations de droit à l'enfant » contraires aux principes internationaux protecteurs de l'enfant, et celui des règles permettant d'offrir à l'enfant placé dans de telles situations, en aval, un statut juridique par application, également, des principes internationaux.

Cet état du droit n'est guère satisfaisant car le statut juridique des enfants placés dans de telles situations présente des failles<sup>1848</sup>, lesquelles découlent précisément d'un manque, voire d'une absence, de respect de la loi autour de leur naissance. En outre, l'adaptation des règles juridiques à leur cas ne se fait pas sans fragiliser nos principes directeurs et donc, par ricochet, la société, les familles et, *in fine*, l'enfant. En conséquence, cette recherche d'articulation ne doit pas occulter l'importance de la proclamation, à l'international et en interne, de règles protectrices de l'enfant.

La Convention de la Haye relative à l'adoption (1993)<sup>1849</sup> en représente un bon exemple : il n'est pas question en l'occurrence de fixer des critères en partant des faits mais de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'adoption, donc dans la constitution des situations de filiation adoptive. En outre, les Etats n'ont le droit que d'ajouter aux conditions protectrices de l'enfant, pas d'y retrancher. Il s'agit là d'une illustration du raisonnement suivi, sachant que l'autorité d'une telle convention n'a pas suffi à empêcher la promulgation de la loi du 17 mai 2013, ni celle de ses décrets d'application, le Conseil d'Etat ayant d'ailleurs décidé, pour les conventions CIEC (état civil) que celles-ci n'ont pas d'effet direct sur le territoire français<sup>1850</sup>.

La solution protectrice de l'enfant, en amont des faits, est donc, en France, d'abord législative.

De grands principes devraient conduire, dans le processus normatif, à mettre en avant l'intérêt supérieur de l'enfant, en amont des situations de « droit à l'enfant <sup>1851</sup> ». A terme, cela devrait permettre d'en limiter le nombre. En droit interne, nos principes essentiels du droit français (principe d'indisponibilité de l'état des personnes et de la filiation) ont montré leurs limites ; le principe de dignité, à valeur constitutionnelle, pourrait être sollicité, mais il ne l'a pas été pour l'instant.

Les solutions sont donc à rechercher dans la cohérence de nos lois internes, dans le respect des principes directeurs de droit positif, dans la constitutionnalisation, peut-être, de ces principes qualifiés d'essentiels parce qu'ils représentent l'armature de notre droit de la filiation.

A l'international, il existe d'ores et déjà un ordre public familial constitué des grandes Déclarations de droits et libertés fondamentaux ainsi que des règles émanant des instances

---

<sup>1847</sup> V., notamment *supra* pages 52 et s.

<sup>1848</sup> V. *Supra* pages 207 et s.

<sup>1849</sup> V. *Supra* pages 264 et s.

<sup>1850</sup> V. *Supra* pages 267 et s.

<sup>1851</sup> V. *Supra* pages 23 et s.

européennes, le plus souvent à portée transfrontière. Il invite clairement à envisager l'intérêt supérieur de l'enfant en amont des situations constituées. Cela représente un appel aux législateurs du Monde. Une fois le fait accompli, il ne peut être question que de faire au mieux, dans l'intérêt de l'enfant. La Cour européenne des droits de l'homme a très récemment<sup>1852</sup> souligné l'importance qu'il y a à éviter, dans la résolution des affaires, le risque que le simple écoulement du temps n'amène à une résolution de l'affaire. La décision rendue par la grande chambre dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie* représente en cela un important pas en avant<sup>1853</sup>.

Pourraient y aider : des conventions internationales bien ciblées comme le fut la Convention de la Haye sur l'adoption, précitée, dont le but était précisément d'éviter les trafics d'enfants ; des protocoles, précisant, par exemple, que la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant reçoit aussi application devant la Cour européenne ; des dispositions de l'ordre juridique internes limitant la portée de telles pratiques lorsqu'elles sont autorisées ailleurs, etc<sup>1854</sup>.

---

<sup>1852</sup> CEDH, aff. *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, Gr. ch. 24 janv. 2017, req. n° 25358/12, préc., § 213.

Conclusion, § 215 : « la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent ».

<sup>1853</sup> M-C Le Boursicot, La Grande chambre de la CEDH donne un coup de semonce au commerce du tourisme procréatif, *RJPF*, avr. 2017, 2017-4/22.

<sup>1854</sup> V. Les propositions faites tout au long du rapport.

## BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

### DROIT

#### Traité, manuels et ouvrages généraux

**Ancel (B.) et Lequette (Y.) (dir.)** *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006.

**Ariès (P.)** *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Points Seuil, 1975.

**Bénabent (A.)** *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 1<sup>ère</sup> éd. 2010.

**Berger (V.)** *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 12<sup>ème</sup> éd., 2011.

**Bonfils (P.) et Gouttenoire (A.)**, *Droit des mineurs*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2014.

#### **Boulangier (F.)**

- *Droit civil de la famille, tome I, Aspects internes et internationaux*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 1992.

- *Droit civil de la famille, tome II, aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 1994.

- *Droit civil de la famille, tome I, aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 3<sup>ème</sup> éd., 1997.

- *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998.

- *Enjeux et défis de l'adoption*, Economica, 2001.

- *Autorité parentale et intérêt de l'enfant : histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre, 2008.

**Bureau (D.) et Muir Watt (H.)**, *Droit international privé, tome II*, PUF 2014.

#### **Carbonnier (J.)**

- *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2001.

- *Droit civil 2, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, droit privé, 21<sup>ème</sup> éd., 2003.

**Courbe (P.)** *Droit de la famille*, 5<sup>ème</sup> éd. Sirey 2008.

**Courbe (P.) et Gouttenoire (A.)** *Droit de la famille* 6<sup>ème</sup> éd. Sirey 2017.

**Cornu (G.)** *Droit civil. La famille*, Montchrestien, Domat Droit privé, 5<sup>ème</sup> éd.

**Favoreu (L.) et Philip (L.)** *Les grands arrêts de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Sirey, 14<sup>ème</sup> éd., 2007.

**Fenouillet (D.)** *Droit de la famille*, cours Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2013.

**Garé (T.)** *Droit des personnes et de la famille*, 3<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, 2004.

**Granet-Lambrechts (F.) et Hilt (P.)** *Droit de la famille*, Presses universitaires de Grenoble, 4<sup>ème</sup> éd., 2015.

**Hauser (J.), Huet-Weiller (D.)** *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 1993.

**Karpenshif (M.), Nourissat (C.) et alii** *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne* (dir.), Thémis, PUF, 2010.

**Lefebvre-Teillard (A.)** *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Droit fondamental, 1996.

**Leveneur (L.)** *La famille* tome 1/ vol. 3, 7<sup>ème</sup> éd. LGDJ, collec. Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud.

**Lévy (J-P.) et Castaldo (A.)** *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2010.

**Malaurie (Ph.), Fulchiron (H.)** *La famille*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2015.

**Marguénaud (J.-P.)** *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 6<sup>ème</sup> éd., 2012.

**Murat (P.) (dir.)** *Droit de la famille*, Dalloz action 2016-2017, 7<sup>ème</sup> éd, 2016.

#### **Sudre (F.)**

- *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 11<sup>ème</sup> éd., 2012.

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, coll., Que sais-je ?, 8<sup>ème</sup> éd., PUF, 2010.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (dir.), coll. Thémis, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007.

**Sudre (F.), Marguénaud (J.-P.), Andriantsimbazovina (J.), Gouttenoire (A.), Levinet (M.), Gonzalez (G.)** *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6<sup>ème</sup> éd., 2011.

#### **Terré (F.), Fenouillet (D.)**

- *Droit civil. La famille*, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2011.

- *Droit civil. Les personnes : personnalité-incapacité-protection*, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd. 2012.

**Terré (F.) et Lequette (Y.)** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1 : Introduction - Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux – Successions*, 12<sup>ème</sup> édition. Henri Capitant. Éd. Dalloz, Paris, 2007.

#### **Ouvrages spéciaux**

**Baillon-Wirtz (N.), Honhon (Y.), Le Boursicot (M.-C.), Meier-Bourdeau (A.), Omarjee (I.), Pons-Brunetti (C.)** *L'enfant sujet de droit*, Lamy, Axe Droit, 2010.

**Barrière Brousse (I.), Douchy-Oudot (M.)** (sous la dir. de), *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*, LGDJ, 2016.

**Baudoin (JL), Labrusse-Riou (C.)**, *Produire l'homme de quel Droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*. Les voies du droit, PUF, 1987.

#### **Bonnet (D.)**

- *Cause et condition dans les actes juridiques*, L.G.D.J., coll. bibliothèque de droit privé, nov. 2005.

- *L'essentiel de la méthodologie juridique*, 3<sup>ème</sup> éd., juillet 2015, Ellipses.

- *Exercices pratiques de méthodologie juridique*, Ellipses, juillet 2015.
- *L'essentiel de la terminologie juridique*, à paraître, Ellipses.

**Boos (C.)** *Les liens familiaux à l'épreuve de l'abandon d'enfant*, thèse dactylographiée, Université de Haute-Alsace, 2016.

**Brunetti-Pons (C.)**

- *La notion juridique de couple* (sous la dir. de), Economica 1998.
- *La complémentarité des sexes en droit de la famille* (sous la dir. de), éd. Mare & Martin 2014.
- *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, (sous la dir. de), éd. Bruylant 2016, Collection Droit, bioéthique et société.

**Carbonnier (J.)** *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Forum, 1996.

**Corpart (I.)**

- *L'adoption, une filiation affective*, éd. ASH, 2001.
- *L'autorité parentale*, éd. ASH, 2003.
- Les droits de l'enfant, fascicule ASH, supplément mars 2006.
- Familles recomposées (sous la dir. de), Lamy, coll. Axe Droit, 2011.

**Crône (R.), Revillard (M.), Gelot (B.)** *L'adoption : aspects internes et internationaux*, Defrénois, 2006.

**Coudoing (N.)** *Les distinctions dans le droit de la filiation*, Thèse dactylographiée, Toulon, 2007.

**Debet (A.)** *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz 2002, Préface L. Leveneur.

**Dekeuwer- Défossez (F.)** *Les droits de l'enfant*, Que sais-je ?, n° 852, 9<sup>ème</sup> éd., 2010.

**Delfosse (M.-L.)** *Le lien parental*, L.G.D.J., 2003, Préface F. Terré.

**Dhonte-Isnard (E.)** *L'embryon humain in vitro et le droit*, L'Harmattan, 2004.

**Douchy-Oudot (M.)**, *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales* (sous la dir. de), DMM 2013.

**Fabre-Magnan (M.)**

- *Ecrits de bioéthique*, (dir.) PUF, Quadriga 2007.
- *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard 2013.

**Fenouillet (D) et de Vareilles-Sommières (P.)** *La contractualisation de la famille*, Economica 2001.

**Feuillet-Liger (B)**

- *Procréation médicalement assistée et anonymat*, (sous la dir. de), Bruylant 2008, Collection Droit, bioéthique et société.
- *Who is my Genetic parent ? Donor Anonymity and Assisted Reproduction: a Cross-cultural Perspective*, (coll. Orfali (K.), Callus (T.)), Droit, bioéthique et société, éd. Bruylant 2011.
- Feuillet-Liger (B) et A. Aouij-Mrad, *Corps de la femme et biomédecine. Approche internationale*, (sous la dir. de), éd. Bruylant, 2013, Collection Droit, bioéthique et société.
- Feuillet-Liger (B) et M-C Crespo, *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, (sous la dir. de), éd. Bruylant 2014, Collection Droit, bioéthique et société.

**Fournier-Grumbach (I.)** *Présomptions et vérité en droit de la filiation*, Thèse dactylographiée, Montpellier, 2002.

- Fulchiron (H) et Bidaud-Garon (C.)** *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz 2014.
- Fulchiron (H) et Sosson (J.)** *Parenté, filiation, origine : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013.
- Gore (C.)** *L'adoption*, Colin, 2007.
- Gouttenoire (A.)** *L'enfant et les procédures judiciaires*, Thèse dactylographiée, Lyon, 1994.
- Grataloup (S.)** *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, L.G.D.J., 1998, Préface H. Fulchiron.
- Gross (M.) et Neirinck (C.)** *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, La Documentation française, 2014.
- Groutel (H.)** *L'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation*, Thèse dactylographiée, Poitier, 1968.
- Halifax (J.)** *L'adoption plénière en France : de l'établissement d'une filiation légale à la constitution d'une filiation sociale*, Thèse dactylographiée, Paris, 2007.
- Hautebert (J.)** *Le droit à l'épreuve du genre* (sous la dir. de), Cahiers internationaux d'Anthropologie Juridique, n° 47, éd. Pulim, 2016.
- Herzog-Evans (M.)**  
 - *L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé*, L'Harmattan, 2000.  
 - *Allaitement maternel et droit*, La justice au quotidien, L'Harmattan, 2007.
- Higy (C.)** *Le temps en droit de la filiation*, Presses universitaires de Strasbourg 2012.
- Hilt (P.)** *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse du droit français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, Préface F. Granet-Lambrechts.
- Hirsoux (E.)** *La volonté individuelle en matière de filiation*, thèse Paris 1988.
- Hubert-Dias (G.)** *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude éclairée par le droit européen*, Thèse dactylographiée, Reims, 2014.
- Jonas (H.)** *Le principe de responsabilité*, Paris, éd. du Cerf, 1992.
- Labrusse-Riou (C.)** (sous la dir. de) *Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire*, LGDT, 1996.
- Lagarde (P.)** *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2011*, (dir.) Pedone, 2013.
- Lardeux (G.), Legeais (R.), Pedamon (M.), Witz (C.)**, *Code civil allemand : Bürgerliches Gesetzbuch, Traduction commentée*. Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 2010.
- Larralde (JM.)** *La libre disponibilité du corps humain* (sous la dir. de), éd. Bruylant collection Droit & Justice, tome 88, 2009.
- Le Guidec (R.)** *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, Thèse dactylographiée, Nantes, 1973.

**Leguy (Y.)** *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, Thèse dactylographiée, Rennes, 1973.

**Lemouland (J.-J.)** *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux. Questions d'actualité*, Carré Droit, Litec, 2004.

**Litaize (N.)** *Le droit à l'enfant*, Thèse dactylographiée, Université de Lorraine, 2013.

**Malaurie (Ph.)** *Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Paris 1951, éd. Matot- Braine.

**Meulders-Klein (M.-T.)** *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant, L.G.D.J., 1999.

**Meunier (G.)** *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, L'Harmattan, 2002.

**Mirkovic (A.)**

-*Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014.

-*PMA, GPA et droits de l'enfant*, Téqui 2016.

**Monéger (F.)** *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood : Société de législation comparée*, (sous la dir. de), 2011.

**Monfort (E.) et Brunetti-Pons (C.)** (dir.) *L'enfant oublié*, Paris, éd du Cerf, 2016.

**Montillet-De Saint-Pern (L.)** *La filiation, entre statut et rôle. Etude de droit français et de droit anglais*, thèse Paris-II 2013.

**Muzny (P.)** *La liberté de la personne sur son corps*, (sous la dir. de) Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010.

**Neirinck (C.)** *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies*, Delmas, Coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 1993.

**Neirinck (C.) et Bruggeman (M.)**, (dir.) *La Convention internationale des Droits de l'Enfant, une convention particulière*, Dalloz, 2014.

**Patsianta (K.)** *L'intérêt de l'enfant dans le cadre de la garantie de la vie familiale par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse dactylographiée, Montpellier, 2012.

**Perrin (S.)** *Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant. Etude de droit comparé européen*, Thèse dactylographiée, Strasbourg, 2009.

**Petit (C.)** *Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation*, JCP éd. G. 2000. II. n° 10409.

**Pomart (C.)** *La magistrature familiale*, éd. L'Harmattan, 2003.

**Poure (V.)** *L'officier de l'état civil en droit des personnes et de la famille*, thèse Strasbourg, 2015.

**Pousson-petit (J.)** *L'identité de la personne humaine*, (sous la dir. de) éd. Bruylant, 2002.



**Sandras (C.)** *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2000.

**Savary-Combe (C.)** *L'intérêt de l'enfant au sein de l'autorité parentale*, Thèse dactylographiée, Aix-Marseille III, 1973.

**Schamps (G.) et Sosson (J.)** *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* (sous la coordination de) éd. Bruylant 2013.

**Schultz (M.), Doublein (C.)** *Droit et pratique de l'adoption*, Berger-Levrault, 2013.

**Servel (J.-P.)** *La notion de l'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*. Thèse dactylographiée, Aix-Marseille, 1978.

**Sève (R.) et Fenouillet (D.)** *La famille en mutation. Archives de philosophie du droit*, tome 57, éd. Dalloz, 2014.

**Siffrein-Blanc (C.)** *La parenté en droit civil français : étude critique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, Préface E. Putman.

**Terré (F.)**

- *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, 1987.

- *Droit et science* (sous la dir. de), Archives de philosophie du droit, tome 36, éd. Sirey 1991.

- *Regards sur le droit* (sous la dir. de), éd. Dalloz 2010.

**F. Terré et Puigelier (C.)** (sous la dir. de), *Réflexions sur la loi bioéthique*, colloque Académie des sciences morales et politiques, Paris, 21 mars 2011, éd. Mare & Martin, 2012, p. 45.

**Vasseur-Lambry (F.)** *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000, Préface F. Deukeuwer-Défossez.

**Vidal (J.)**, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse Toulouse 1957.

**Verdier (P.) et Eymenier (M.)** *La réforme de la protection de l'enfant*, Berger Levrault, 2<sup>ème</sup> éd., 2012.

**Voisin (V.)** *L'adoption en droit français et anglais comparé*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2004, Préface E. Loquin.

**Youf (D.)** *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002.

## Articles

**Agallopoulou, (P.)** La procréation médicalement assistée, source de bouleversement de la parenté en droit hellénique, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant 2014.

**Ancel (B.)** L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée, in *Le droit entre tradition et modernité*. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012, pp. 1-9.

**André (C.)** La différence des sexes et l'établissement de la filiation en droit français : l'étude des filiations sexuellement exclusives, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, pp.151-180.

**Aouij-Mrad (A.)** Le faible impact des pratiques biomédicales sur la vision sociale de la parenté en Tunisie, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014.

**Ancel (B.)** L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée, in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, pp. 1 à 9.

**D'Avout (L.)** La reconnaissance dans le champ des conflits de lois, communication du 18 mars 2016, TCFDIP, Pedone, à paraître.

**Baillon-Wirtz (N.)**

- Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif *statu quo*, *RLDC*, oct. 2011, n°4385, pp. 37 et s.

- Les adoptions successives : regards croisés entre la France et l'Allemagne, *Dr. fam.* 2013, Etude n° 8.

- L'encadrement légal de l'accès à l'assistance médicale à la procréation, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014, pp. 141-150.

**Bandrac (M), Delaisi de Parceval (G.) et Depadt-Sebag (V.)** Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?, *D.* 2008, chr. 434.

**Bellivier (F.) et Noiville (C.)** Le contrat de mère-porteuse : émancipation ou aliénation ? *RLDC* 2008/2, p. 545.

**Bettio (N.)** Le droit à l'enfant, nouveau droit de l'homme, *RDP*, 2010, p. 473.

**Bidaud-Garon (C.)** Le rôle des instruments et des techniques de coordination : garanties d'application effective des règlements ou facteurs d'harmonisation des droits internes ? *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014.

**Binet (J-R.)** Le secret des origines, in *Le secret à l'ère de la transparence, Colloque annuel de la semaine juridique*, JCP éd. G. 2012, supplément au n° 47, p.9.

**Bioy (X.)** La loi et la bioéthique, *RFDA*, 2013, p. 970.

**Blaise-Kopp (F.)** Enfant, grandir avec des parents pour devenir homme ou femme, in *La distinction de l'homme et de la femme*, *RRJ*, 2004-4, pp. 2695-2699.

**Blanchard**, Le droit pénal, *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz, 2014, pp. 349- 372.

**Bollée (S.)** La gestation pour autrui en droit international privé, *TCFDIP* 2012-2014, pp. 215 et s.

**Borillo (D.)**

- Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi, in *Le genre, une question de droit*, jurisprudence, *Revue critique* n° 2, 2011, pp. 273-274.

- Mariage pour tous et filiation pour certains : les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe, *Droit et cultures*, *Rev. internationale interdisciplinaire*, 69/2015-1, pp. 179-220.

**Bourdalois (B.)**, La famille du XXIe siècle et problématiques de conflits de lois, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ 2015, p. 77 et s.

**Bourguignon (M.)** Le don de gamètes, un régime juridique entre devoir d'information et principe d'anonymat, *Mélanges en l'honneur de G. Mémenteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Edition, 2016, pp.283-292.

**Boyer-Bévière (B.)** La relation médicale : de la complémentarité de la pratique médicale, du droit et de l'éthique, *Mélanges en l'honneur de G. Mémenteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Edition, 2016, pp. 45-54.

**Bruce-Rabillon (E.)** Le genre et le droit français, in *Le droit à l'épreuve du genre, Cahiers internationaux d'Anthropologie Juridique*, n° 47, pp. 79-99.

**Bruggeman (M.)** Nouveau refus de la légalisation de la gestation pour autrui, *Dr. Fam.* 2010, alerte 46.

**Brunet (L.)** La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit, in *La gestation pour autrui* (sous la dir. de G. David, R. Henrion, P. Jouannet et C. Bergoignan-Esper, Académie de médecine, Lavoisier, 2011, p. 105.

### **Brunetti-Pons (C.)**

- Le développement du « tourisme procréatif, porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? *Autour de la gestation pour autrui*, dossier, Cahiers de la justice éd. Dalloz 2016/2, pp : 249-264.
- L'impact de l'Union européenne sur le droit de la famille ; aspects extrapatrimoniaux. Mise en relief des grands mouvements d'évolution, in *Encrucijada : retos y desafíos en la sociedad internacional del Siglo XXI (Duo)*, Carlos Espaliu Berdud (dir.), 2016, pp. 213-246.
- Réflexions autour du rôle de la norme face aux évolutions récentes du droit de la famille, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant, janv. 2016, pp. 25-40.
- La proposition de loi sur la protection de l'enfant, ses apports, les limites de ses ambitions et ses manques, *Gaz. Pal.*, juin 2015, pp. 4-7.
- Réflexions autour de l'ordre public « matrimonial » dans ses rapports à la parenté, *Gaz. Pal.*, 6-7 avr. 2015, pp. 4-9.
- La proposition de loi relative à la protection de l'enfant : analyse sous l'angle de l'adoption, *Gaz. Pal.*, 4-6 janv. 2015, pp. 5-10.
- La proposition de loi « Autorité parentale et intérêt de l'enfant : analyse », libre propos, *Gaz. Pal.*, 29-30 oct. 2014, pp. 5-10.
- Adoption avec éviction de l'homme, l'une des conséquences de la loi dite Mariage pour tous?, note sous Cass., avis 22 sept. 2014, *Gaz. Pal.* : 3-4 déc. 2014, pp. 8-12.
- Deux arrêts de la Cour EDH favorisent le développement des conventions de mère porteuse à l'échelle internationale, *RLDC*, sept. 2014, pp. 47-50.
- Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements, *RLDC*, nov. 2013, n° 109, pp. 41-45.
- Les conséquences sur la parenté de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et l'alternative d'une alliance civile, en coll. avec D. Fasquelle, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin 2014, pp. 75-121.
- Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère de l'enfant ? *RLDC*, fév. 2014, n° 112, pp. 84-90.
- Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant : mars 2014, pp. 85-112.
- Après la loi du 17 mai 2013 « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », quelles perspectives pour le droit de la famille ? in *Famille et corps : identité et transmission*, Recherches familiales, éd. UNAF : n° 11, mars 2014, pp. 111-130.
- Sexe et genre au regard de la complémentarité des sexes, rapport introductif, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin 2014, pp. 27-58.
- L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite Mariage pour tous, *RLDC*, juin 2013, n° 105, pp. 73-78.
- Ce que prévoit précisément le projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, *RLDC*, mars 2013, n° 102, pp. 79-82.
- L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? *RLDC*, nov. 2011, pp.27-31.

- Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, *Dr. fam.* mai 2003 (pp. 10 -17) et juin 2003 (pp. 4-8).

- La distinction de l'homme et de la femme ; approche pluridisciplinaire, (sous la dir. de), cycle de conférences, PUAM 2004 : n° 2004-1, p. 587 et s ; 2004-2 (2) p. 1465 et s ; n° 2004-3, p. 2065 et s ; n° 2004-4, p. 2680 et s.

**Callu (M.-F.) et Chatelain (P.)** Aspects médico-juridiques des défauts du développement sexuel à la naissance, in *Mélanges Gérard Mémenteau*, LEH édition, oct. 2015.

**Callus (T.)** La parenté au Royaume-Uni : un droit en évolution face à l'essor des pratiques biomédicales, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 159-172.

**Chaigneau (A.)** Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé, *RTD civ.* 2016, p. 263.

**Chendeb (R.)**, La convention de mère porteuse, *Defrénois* 2008, p. 291.

**Chénéde (F.)** L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger, *D.* 2015, p. 1172.

**Choisel (G.)** D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction, réflexions sur l'étendue des conséquences juridiques de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, *RTD civ.* 2015, pp. 505-56.

**Clavel (S.)**, « La fraude », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant 2015, p. 151 et s.

**Clavière-Bonnamour (B.)** L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille, in *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014, pp. 189-200.

### **Corpart (I.)**

- La dissociabilité de la procréation et de la filiation, *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct. 1422.

- La santé de l'enfant à naître : vers l'enfant parfait ?, *Médecine et droit* 1995, n° 15, nov.-déc., 3

- L'homosexualité à l'épreuve du droit de la famille, *RRJ, Droit prospectif* 2003-2, 701.

- Variations autour de la procréation et de la filiation, *Médecine & Enfance* décembre 2004, 621.

- Filiations : nouveaux enjeux, Problèmes politiques et sociaux (dossier réalisé par), La Documentation française, juillet 2005, n° 914.

- La pluriparentalité en chantier, in *Les démembrements de la parentalité*, Revue Cités (PUF), n° 28, novembre 2006, 61.

- L'histoire du droit des enfants. Une construction récente perfectible, in *Une Histoire du Droit et de la Justice en France* (sous la dir. d'Eve François), Prat-Europa Eds 2007, 373.

- Les enfants du mort au regard du droit de la filiation, in B. Py (sous la dir. de), *La mort et le droit*, Presses universitaires de Nancy 2010, p. 73.

- Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté, *RJPF* 2012-4/7.

- Quels accompagnements dans l'aventure vers l'adoption ?, *Recherches familiales* 2013, n° 10, p. 17.

- La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui : *RJPF* 2013-3/30.

- Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire des actes de naissance d'enfants nés de « mères porteuses », *RJPF* 2013-10/11.

- Quel avenir pour l'alternance des résidences des enfants de parents séparés ? *Dr. fam.* 2014, étude 19.

- Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ?, in D. Brach-Thiel et J.-B. Thierry (sous la dir. de), *Forum shopping médical*, éditions PUN-Edulor, 2015, p. 77.

- La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière-entre droit français et réalités étrangères, *Dr. fam.*, nov. 2015, pp. 8-15.
- Quand la GPA ne justifie plus un refus de transcription à l'état civil, note sous Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n<sup>os</sup> 14-21.323 et 15-50.002, *RJPF* 2015-9/20.
- GPA pratiquée à l'étranger et réponse de la CEDH au droit italien, *RJPF* 2015-4/11.
- L'adoption face aux troubles mentaux, une situation à risque, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 461.
- Validation de la circulaire Taubira par le Conseil d'Etat, *RJPF* 2015-2/9.
- Assouplissements notables en matière de don de gamètes par l'élargissement du cercle des donneurs, Commentaire du décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes, *RJPF* 2016-2/26.
- La nécessaire délivrance d'un document de voyage pour un enfant né en Arménie d'une mère porteuse, *RJPF* 2016-10/31.
- De nouvelles perspectives en matière d'état civil avec le projet Justice 21, *RJPF* 2016-9/8.
- GPA : nouveau coup de semonce contre la France par la CEDH, *RJPF* 2017-3/11.
- L'adoption au milieu du gué, entre réjouissances et regrets, in *Mélanges en hommage à Catherine Philippe*, L'Harmattan, 2017, p. 193.
- L'intérêt de l'enfant, critère du maintien d'une délégation-partage de l'autorité parentale, *RJPF*, 2017-3/36.

**Crespo-Brauner (M.-C.)** La biomédecine, source du pluralisme de la parenté au Brésil, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 255-265.

**David (G.)**

- Histoire de l'insémination artificielle. *Echanges*, 1974
- Don de sperme : le lien entre l'anonymat et le bénévolat, Point de vue, in *Réflexions de professionnels sur l'anonymat et les origines*, Androl (2010) 20 : pp. 63-67.
- La filiation gagnée par l'artifice, in *Mélanges Jean Michaud, Droit et Bioéthique, Les études hospitalières*, 2002, pp. 219-224.

**Dekeuwer-Défossez (F.)**

- Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille, *L'Année sociologique* 2003, 53, n° 1, p. 175 et s.
- Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté, *RLDC* juin 2013, n° 105, pp. 40-42.
- La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme ; Phèdre réhabilitée, *RLDC*, fév. 2014, n° 112, p. 43-47.
- Réflexions conclusives, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, éd. Bruylant, 2014, (B. Feuillet-Liger et M-C Crespo-Brauner), pp.359-367.
- Les dispositions de droit civil de la proposition de loi relative à la protection de l'enfant, *RLDC* janv. 2015, n° 122, pp. 61- 67.
- Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique, *Mélanges en l'honneur de G. Mémenteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Edition, 2016, pp. 399-416.
- L'énigme de la filiation, in *Mélanges en hommage à J. Pousson-Petit*, éd. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 327.

**Dhonte-Isnard (E.)** Essai d'une approche transversale de la distinction homme/femme, in *La distinction de l'homme et de la femme*, *RRJ*, 2004-2 (2), pp. 1479-1506.

**Domingo (M.)** Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à mener une vie de famille, *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 13.

**Dominguez Hidalgo (C.)** Biomédecine et parenté : le cas du Chili, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruylant 2014, pp. 267-277.

**Drago (G.)** La loi et l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel, *RFDA*, 2013, p. 936.

**Edelman (B.)** Le concept juridique d'humanité, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, pp.245-269.

**Egea (V.)** L'impératif en droit de la famille, *RRJ* 2004-2 (1), pp. 651-719.

**Fabre-Magnan (M.)**

- Le refus de transcription : la Cour de cassation gardienne du droit, *D.*, 2013, p. 2384.
- L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » ? in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, t. 57, Dalloz, 2014, p.465.
- Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. À propos de la gestation pour autrui : *D.* 2015. chron. 224.
- Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot, *D.* 2014. p. 491.
- L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique ? » in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz, 2014, pp. 465-484.

**Fenouillet (D.)**

- Le détournement d'institution familiale, *Mélanges Malaurie, Defrénois*, 2005, p. 237 et s.
- Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet, *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz, 2014, pp. 37-71.
- Propos introductifs, *Ibidem*.

**Feuillet-Liger (B.)** *Avant-propos*, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, éd. Bruylant, (B. Feuillet-Liger et M-C Crespo-Brauner), pp.

**Flauss-Diem (J.)** Couple de même sexe et famille. Version anglaise, *Dr. fam.* 2000, chron. 24.

**Frison-Roche (M.-A.)**

- L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution, *D.* 2014, p. 2184.
- Maternités de substitution (Gestation pour autrui – GPA), Comprendre la Cour de cassation (à propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la pratique des maternités de substitution (dites GPA)) : *LPA*, 8 octobre 2015, n°201, p.4 et s.
- Une famille à sa main, *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz 2014, pp. 249-265.
- Face au fait des maternités de substitution que peut et doit faire le juge ? *Autour de la gestation pour autrui*, Dossier, Les cahiers de la justice, 2016/2, pp. 265-274.

**Fulchiron (H.) et Bidaud-Garon (C.)**

- Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée, Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH : *Rev. crit. DIP* 2015, n° 1, p. 1.
- Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, *D.* 2013. 317.

**Fulchiron (H.)**

- Mariage couple et différence des sexes : une question de discrimination ?, *Des concubinages - Droit interne, droit international, et droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 29.
- Existe-t-il un modèle familial européen ?, *Defrénois* 2005, p. 1461.
- Parenté, parentalité, homoparentalité. A propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 2006, *D.* 2006, p. 876.
- Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 15.

- Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Statut des tiers et/ou statut des familles homosexuelles, *LPA* 24 fév. 2010, n° 39, p. 17.
- La reconnaissance de la famille « homosexuelle » : étude d'impact, *D.* 2013, p. 100.
- Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n°2013-404 du 17 mai 2013, *JCP* éd. G. 2013, doct. 658.
- Un modèle familial européen ? in *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014, pp. 171-185.
- De l'illicite peut-il naître un droit ?, note sous CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *JCP* éd. G. 2017, 323.

#### **Furkel (F.)**

- Chronique de droit civil allemand. Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne, *RTDciv.* 1998, p. 804.
- Les incidences de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour sur la vérité biologique, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, éd. Bruylant, (B. Feuillet-Liger et M-C Crespo-Brauner), pp. 23-53.
- L'identification des donneurs de gamètes en RFA : un principe controversé aux effets dérangeants, in *Procréation médicalement assistée et anonymat*, *Panorama international*, B. Feuillet-Liger (sous la dir. de), éd. Bruylant 2008, p. 103 et s.
- Le rôle essentiel du droit à la dignité, pierre angulaire de la loi fondamentale dans la protection du corps humain en matière de biomédecine, in *Principes de protection du corps et Biomédecine* (B. Feuillet-Liger, sous la dir. de), Bruylant, 2015, pp. 43-66.
- 60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes, *Jubilé des 60 ans du Centre juridique franco-allemand*, Université de la Sarre, P. Cossalter et C. Witz (sous la dir. de), pp. 121-136.

#### **Gallant (E.)**

La coordination des sources de droit international privé de l'enfance, in *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014, pp. 39-52.

**Gardey de Soos (B.)** L'influence du droit européen sur le droit de la famille : vers la fin du droit français de la filiation ? *RJPF* sept 2015, 2015-9/4, pp. 6-14.

**Garrison (M.)** La PMA aux Etats-Unis : un far west de la filiation, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 241-254.

**Gaumont-Prat (H.)**, L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance, in *La liberté de la personne sur son corps*, P. Muzny (sous la dir. de), Dalloz coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 65-76.

**Geoffre de La Pradelle (de) (G.) et M.-L. Niboyet**, « Remarques introductives de l'internationaliste privatiste », in *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone 2011, p. 17 et s.

**Gobert (M.)** Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Colloque de la Cour de cassation, Cycle droit et techniques de cassation 2005-2006, Neuvième conférence, 11 déc. 2006.

**Godechot-Patris (S.)**, L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspective de droit international privé, in *Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Dalloz 2012, p. 293 et s.

**Goubau (D.)** Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant 2014, pp. 221-239.

#### **Gouttenoire (A.)**

- Applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, *JCP* éd. G. 1998, II, 10052.

- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ. fam.* 2004, p. 380.
- La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation !, *Dr. fam.* 2005, comm. 156.
- L'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, *Dr. fam.* 2005, comm. 157.
- Un beau-parent peut en cacher un autre ..., *Dr. fam.* 2006, alerte 10.
- A chacun sa famille, à chacun son droit ?, *Dr. fam.* 2006, alerte 41.
- Un statut pour les tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant. Proposition de la défenseure des enfants, *Dr. fam.* 2007, alerte 1.
- L'approbation par la France de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, *Dr. fam.* 2007, alerte 62.
- Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2008, étude 14.
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2010, étude 1.
- Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 24
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2011, étude 10.
- Le statut de l'enfant, in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, *RLDC* 2011, supplément au n° 87, pp. 36-39.
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2012, étude 6.
- L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant, *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 17.
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2013, étude 3.
- Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1<sup>re</sup> avril 2013, n° 39, p. 63.

#### **Gouttenoire (A.) et Bonfils (P.)**

- Droit de l'enfant, *D.* 2008, p. 1854.
- Droit de l'enfant, *D.* 2009, p. 1918.
- Droit de l'enfant, *D.* 2010, p. 1904.
- Droit des mineurs, *D.* 2011, p. 1995.
- Droit des mineurs, *D.* 2012, p. 2277.
- Droit des mineurs, *D.* 2013, p. 2073.

**Gouttenoire (A.), Gris (C.), Martinez (M.), Maumont (B.), Murat (P.)** La Convention internationale des droits de l'enfant vingt après, commentaire article par article, *Dr. fam.* 2011, dossier 13.

**Gouttenoire (A.) et Sudre (F.)** La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, *Economica*, 2008, p. 495 et s.

#### **Granet-Lambrechts (F.)**

- Invitation au droit comparé de la famille, in *Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum* en l'honneur de M.-T. Meulders-Klein, Bruylant, 1998, p. 297.
- Droit de la filiation : panorama 2004, *D.* 2005, p. 1748.
- La maternité : entre les certitudes de la nature et les troubles de la biologie, quelles réponses du droit ? in *La distinction de l'homme et de la femme*, *RRJ* 2004, pp. 2681-2693.
- La présomption de paternité, *Dr. fam.* 2006, étude 3.
- Droit de la filiation, *D.* 2006, p. 1139.
- Entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1<sup>er</sup> juillet 2006 : les textes complémentaires de l'ordonnance du 4 juillet 2005, *AJ. fam.* 2006, p. 283.



- Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe, *Panorama européen, AJ. fam.* 2006, p. 409.
- Panorama européen du droit de la filiation, *Dr. fam.* 2007, étude 30.
- Preuve en droit de la famille : la preuve des liens de filiation, *AJ. fam.* 2007, p. 459.
- Les droits de l'enfant dans les législations européennes, *RLDC* 2011, supplément n° 87, pp. 41-45.
- Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes, *AJ. fam.* 2012, p. 540.
- Droit de la filiation, *D.* 2013, p. 1436.
- État civil des enfants nés d'une maternité pour autrui : panorama : *AJ famille* 2014, p. 300.
- La gestation pour autrui dans les législations européennes, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014, pp.181-203.

**Granet-Lambrechts (F.) et Hauser (J.)**, Le nouveau droit de la filiation, *D.* 2006, p. 17.

**Guez (Ph.), Bergé (J.-S.), Omarjee (I.)** L'avenir du droit européen : le droit de la famille, *LPA* 6 nov. 2006, n° 221.

**Guez (Ph.)**

- La mention du sexe dans l'état civil, Colloque Nanterre 2- 3 avril 2004.
- L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé, in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz 2015, p. 69 et s.

**Gross (M.) et Neirinck (C.)**, Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? : *Doc. fr.* 2014.

**Hammje (P.)**, Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé, in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, p. 175 et s.

**Hauser (J.)**

- Décadence et grandeur du droit civil français à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant, in *Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum en l'honneur de D. Huet-Weiller*, PU Strasbourg/LGDJ, 1994, p. 181.
- Grandeur et décadences en droit civil de la famille, in *Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum en l'honneur de D. Huet-Weiller*, PU Strasbourg/LGDJ, 1994, p. 235.
- Le coup de grâce à la Convention internationale des droits de l'enfant ?, *RTD. civ.* 1995, p. 347.
- La Convention internationale des droits de l'enfant entre au Conseil d'Etat, *RTD. civ.* 1998, p. 76.
- Couple et différence de sexe, in *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, pp. 95-111.
- La paternité est-elle biologique ou sociologique ?, in *La distinction de l'homme et de la femme, RRJ* 2004, p. 2065.
- Glossaire des mariages de l'an 2000, *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 190.
- La référence à la CIDE fait recette à la Cour de cassation mais est-elle nécessaire ? *RTD. civ.* 2006, p. 101.
- Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ?, *RTD. civ.* 2008, p. 272.
- Nouveaux liens personnels quasi familiaux : le retour de la mesnie, *RTD. civ.* 2009, p. 92.
- Statistiques générales et statistiques de jurisprudence, *RTD. civ.* 2009, p. 299.
- Gestation pour autrui : suite, *RTD. civ.* 2010, p. 317.
- Les intérêts provisoires (et supérieurs ?) de l'enfant, *RTD. civ.* 2010, p. 549.
- Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse, *RLDC*, 2011, supplément n° 87, pp. 60-62.
- La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ?, *RTD. civ.* 2011, p. 338.
- Les géniteurs anonymes : des donneurs de gamètes et des parturientes inconnues, *RTD. civ.* 2012, p. 520.
- Maternité pour autrui : un enfant « à façon » ou l'heure de vérité ? *RTD. civ.* 2012, p. 304.
- Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe, *JCP éd. G.* 2012, 1185.
- Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz 2014, pp.73-80.

- Libres propos, in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz 2014, pp. 373-378.
- Le couple sexué et le droit de la famille, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin 2014, pp. 59-74
- Rapport de synthèse, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 188-197.

**Hauser (J.) et Lemouland (J.-J.)** *Ordre public et bonnes mœurs, Répertoire civil Dalloz*, 1993.

**Hausman (P.)** Nouveautés apportées par la convention internationale des droits de l'enfant, in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, RLDC nov. 2011, supplément au n° 87, pp. 5-8.

**Hayakawa (S.)** Impact du développement de la procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation au Japon, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 279-285.

**Herzog-Evans (M.)**

V. blog de l'auteur : [http:// herzog-evans.com](http://herzog-evans.com)

- La vie et le droit : usages et groupes sociaux cohérents, *RRJ* 1998-4, pp. 1203-1222.
- Le séjour du petit enfant avec sa mère en détention, in L. Cadiet, F. Chauvaud et alii. (dir.) *Figures de femmes criminelles de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, pp. 205-222.
- Les enfants de détenus : « The orphans of justice », in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, RLDC nov. 2011, supplément au n° 87, pp. 32-35.
- L'allaitement placé au cœur de séparations parentales, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, éd. Mare & Martin 2014, pp. 211-229.
- Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger, (en coll. Avec C. Brunetti-Pons), *RJPF* 2014, n° 7/8, pp. 11-18 (première partie) et 9/7, pp. 12-18 (deuxième partie).
- La stabilité de la relation parentale en cas de séparation forcée. Le point de vue du droit pénitentiaire, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, éd. Mare & Martin 2014, pp. 263-288.
- L'homme est aussi un animal : conséquences psycho-criminologiques du traitement humain des petits d'hommes, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 155-175.

**Hsu Yao-Ming** Les incidences de la procréation médicalement assistée sur la parenté : réflexions chinoises et taiwanaises, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 287-302.

**Hubert (L.-D.), Auvolat (G.) et P. Brunel (P.)** *JCl. Civil*, art. 47 et 48, Fasc. 20, n° 95.

**Kessler (G.)** La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant, *Dr. fam.* 2005, étude 16.

**Kinsch (P.)** Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme », in H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 147-169.

**Kernaleguen (F.)** Les incidences de la biomédecine sur la parenté en droit français : reconsidérer la parenté, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 107-123.

**Kadiyogo (A.)** *L'allaitement maternel en question*, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, éd. Bruylant 2014, pp. 205-209.

**Koïta Sekou Maouloud**, Les rapports homme-femme en droit comparé franco-guinéen, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 177-188.

**Labbé (X.)** Le mariage homosexuel et l'union civile, *JCP* éd. G. 2012, doct. 977.

**Lagarde (P.)** La Convention de New York du 26 janvier 2006 sur les droits de l'enfant n'est pas directement applicable en droit interne, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 449.

**Labrusse-Riou (C.)**

- L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français, 81-108, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM 1996, pp.

- Couple et lien affectif, in *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, pp. 75-93.

- Propos conclusifs, Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontations du réel et de l'imaginaire, in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, t. 57, Dalloz, 2014, pp. 485-499.

- Préface, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin 2014, pp. 11-25.

- Les procréations artificielles : un défi pour le droit, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud-Inserm, coll. La fabrique du corps humain, pp. 65-76.

- La filiation en mal d'institution, in *Ecrits de bioéthique*, M. Fabre-Magnan, PUF 2007, p. 327 et s.

- Ouverture, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2016, pp. 15-23.

**Lamarche (M.)**, d'un éventuel droit au don de gamètes dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, *Dr. fam.* n° 12, déc. 2011, alerte 97.

**Lasserre (V.)** La refondation de la famille et de la société par les gènes, in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz 2014, pp. 19-35.

**Lázaro Palau (C.M.)** La parentalité dans les familles recomposées en droit Catalan, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, éd. Bruylant 2014, pp. 255-262.

**Lebreton (G.)** L'identité humaine dans le projet de loi Bioéthique, in F. Terré et C. Puigelier (sous la dir. de), *Réflexions sur la loi bioéthique*, colloque Académie des sciences morales et politiques, Paris, 21 mars 2011, éd. Mare & Martin, 2012, p. 45.

**Le Boursicot (M.-C)**

- Vers la légalisation de la gestation pour autrui ? : *RJPF* 2008-9/31.

- La Grande chambre de la CEDH donne un coup de semonce au commerce du tourisme procréatif, *RJPF*, avr. 2017, 2017-4/22.

**Leleu (Y.-H.)** Le mariage homosexuel en Belgique, *D.* 2010, p. 2896.

**Lemouland (J.-J.)**

- Le couple en droit civil, *Dr. fam.*, 2003, *chron.* 22.

- Le tourisme procréatif, *LPA* 2001, n° 62, p. 84

**Leroyer (AM.)**

- La notion d'état des personnes, in *Ruptures, mouvements et continuités du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, pp. 247-283.

- L'accès à l'AMP : quelles modalités ? », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz, 2014, pp. 425-443.

**Levinet (M.)** Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *La libre disponibilité du corps humain*, JM Larralde (sous la dir. de), Bruxelles, Nemesis éd. Bruylant Collection Droit & Justice, t. 88, 2009.

**Malaurie (P.)**

- Couple procréation et parenté, in *La notion juridique de couple* (C. Brunetti-Pons, sous la dir. de), Economica, 1998, pp. 17-28.

**Manai (D)** Le droit suisse à l'aune de l'individualisation de la parentalité, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014.

**Mathey (N.)** Circulaire *Taubira*. Entre illusions et contradictions, *JCP éd. G.* 2013, I, n° 162.

**Marchadier (F.)** Réflexions sur la démedicalisation du changement d'état des « trans ». Perspective de droit européen des droits de l'homme, in *Mélanges Gérard Mémenteau*, LEH édition, oct. 2015.

**Marguénaud (J.-P.)**

- CEDH et droit privé. *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001.

- L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales, *RTD. civ.* 2010, p. 735.

**Martin-Lassez (J.)** L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille. Etats généraux du droit de la famille, *Dr. fam.*, 2007, étude 4.

**Massip (J.)** La Convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne, *D.* 1993, p. 361.

**Mathieu (B.)** La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, pp. 213-236.

**Maurer (B.)** Notes sur le respect de la dignité humaine...ou petite fugue inachevée autour d'un thème central, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, pp. 185-212.

**Mayer (P.)**, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges Paul Lagarde, 2005, p. 547 et s.

**Mécary (C.)**

- Homoparentalité : protection de l'enfant, *AJ. fam.* 2006, p. 398.

- Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle, *AJ. fam.* 2011, p. 604.

**Meulders-Klein (M.-T.)** Etat des personnes et ordre public de protection, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 317.

**Michaud (J.)** **Don de gamètes** : filiation et responsabilité médicale, in *Embryon, qui es-tu ? VIIIème journée d'étude francophone*, L'Harmattan, 2001, pp. 29-39.

**Millet (F.)** L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, *Deffrénois*, 2005, p. 743.

**Mirkovic (A.)**

- Un statut pour le beau-parent ?, *D.* 2008, p. 1709.

- A propos de la maternité pour autrui, *Dr. fam.* 2008, étude 15, n° 15.

- Mère porteuse : maternité indéterminée, *Dr. fam.* 2009, étude 24.

- Statut du beau parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible, *Dr. fam.* 2009, étude n° 28.

- Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers. A propos du rapport *Léonetti*, *JCP éd. G.* 2009, I, n° 345.

- Le désir d'enfant contrarié. La gestation pour autrui, *RLDC*, nov. 2010, n° 76. pp. 95-97.
- Non transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil, *JCP éd. G.* 2010, I, n° 498.
- L'intérêt de l'enfant au service des revendications des personnes de même sexe, *AJ. fam.* 2011, p. 605.
- Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger, *JCP éd. G.* 2013, I, n° 985.
- Le préjudice résultant pour l'enfant du don de gamètes, in *Mélanges en l'honneur de C. Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 597 et s.
- Repenser le don de gamètes, in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014, pp. 7-20.
- Mères porteuses : la CEDH anéantit la jurisprudence française, *DPSBB*, éd. Législatives, 08 juill. 2014.
- La part de la biologie dans la filiation, in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014, pp. 212-132.
- PMA-GPA : derrière les sigles, la réalité, in *Mélanges en l'honneur de X. Martin*, LGDJ, 2015, pp. 295-303.
- Personnification et filiation, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 135-153.
- GPA et intérêt de l'enfant : la CEDH condamne l'Italie, *DPSBB*, éd. Législatives, 05 fév. 2015.
- Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant, *RLDC janv.* 2016, p. 37 et s.
- L'accès à l'AMP : quelles modalités d'accès ? in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz, 2014, pp. 445-463.
- GPA : un Etat n'est pas tenu de reconnaître les commanditaires comme parents, *DPSBB*, éd. Législatives, 27 janv. 2017.

**Moiroud (C.)** La reproduction de la vie et les institutions. Instituer et transmettre, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 41-59.

**Monéger (F.)**

- La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, *RTD. sanit. soc.* 1990, p. 275.
- Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la convention des droits de l'enfant, *RTD. sanit. soc.* 1993, p. 533.

**Mouly (J.)** La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? : *D.* 2014, p. 2419.

**Moureau (F.)** La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ?, *AJ. fam.* 2011, p. 576.

**Mulon (E.)** La résidence alternée, *Gaz. Pal.* 17 mars 2012, n° 77, p. 7.

**Murat (P.)**

- Le caractère d'ordre public de l'autorité parentale, *Dr. fam.* 2004, comm. 199.
- Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation, *Dr. fam.* 2006, comm. 89.
- La Cour de cassation, les dires de l'expert et le contrôle de l'intérêt de l'enfant, *Dr. fam.* 2007, comm. 122.
- 2009 : vingtième anniversaire de la CIDE, *Dr. fam.* 2009, repère 1.
- CIDE ou n'aime ou on n'aime pas, mais on ne peut ignorer..., *Dr. fam.* 2009, repère 10.
- Jclasseur civil articles 16-16-2, fasc. 40, n° 21.
- Universalis.fr Enfant Droits de l' - Adoption.
- L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif, *Petites affiches*, 7 oct. 2010, n° 200, p. 17 et s.
- Les transformations de la famille. Quel impact sur les finalités de l'adoption ?, *Informations sociales*, éd. CNAF (Caisse nationale d'allocation familiale) 2008/2, n° 146, pp. 20-23.
- Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, tome 57, éd. Dalloz, 2014, pp. 285-300.

**Muir-Watt (H.)** La fonction subversive du droit comparé, *RIDC*, 2000, p. 503.

**Muzny (P.)** Lorsque la Cour européenne succombe aux préjugés, *D.* 2008, p. 2843.

**Nanclares Valle (J.) et San Julian Puig (V.)** Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 83-106.

**Neirinck (C.)**

- Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM 1996, pp. 29-52.

- L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », *Dr.fam.* 2011, com. 9.

- La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2011, étude 14.

- Faut-il tenir compte du sexe des êtres humains ?, *Dr. fam.* 2012. Repère 10.

- La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi, *Dr. fam.* 2013, comm. 42.

- L'assistance médicale à la procréation, quelles perspectives d'avenir ?, in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit 2014, n° 57, p. 301.

- L'égalité sexuée. Pêché originel de la procréation médicalement assistée, in *Mélanges Gérard Mémenteau*, LEH édition, oct. 2015, pp. 547-560.

**Normand (J.)** La notion juridique de coupe. Rapport de synthèse, in *La notion juridique de couple* (C. Brunetti-Pons, sous la dir. de), Economica, 1998, pp. 17-28.

**Nourissat (C.)**

- Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?, *Deffrénois* 2005, p. 1193.

- Le droit international privé européen de la famille à l'épreuve de la pratique, *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014, pp. 87-92.

**Oktay-Özdemir (S)** Incidences de la biomédecine sur la parenté en droit Turc, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 199-219.

**Palaux Simmonet (B.)**

- Conception-Gestation-Aspects juridiques, *Quotidien juridique* n° 119, 120, 121 des 8, 10, 12 octobre 1985.

- Réflexions à propos de la responsabilité médicale lors d'actes de procréation médicalement assistée, *Petites affiches* n° 125, 16 oct. 1992.

**Panet (A.)** Une méthode de reconnaissance européenne ? *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014.

**Pélessier (A.)** La réception de l'homoparentalité en droit européen, *AJ. fam.* 2006, p. 406.

**Pettiti (C.)** La place de l'enfant en Europe, *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 20.

**Pichard (M.)**

- L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode(s), *LPA*, 7 oct. 2010, n° 200, p. 7.

- Filiation : quelle place pour la volonté ? in *Famille pour tous ?* Mouvements, éd. La Découverte, 2015/2 (n° 82), p. 141-147.

**Pierroux (E.)** Famille biologique, famille logique, *Gaz. Pal.* 2011, p. 7.

**Pitti (G.)** Les dissonances juridiques sur l'homoparentalité, *Gaz. Pal.* 2 sept. 2010, n° 245.

**Poillot-Peruzetto (S.)** Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne, *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz 2014, pp. 159-169.

**Porcheron (D.)** La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ?, *JDI* 2015, p. 821-844.

**Poure (V.)**, Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? *Recherches familiales* 2013/1, n° 10, éd. UNAF.

**Pousson-Petit (J.)**

- Chronique de droit des personnes et de la famille en droits néerlandais et luxembourgeois, *Dr. fam.* 2004, *chron.* 2.

- Chronique de droit belge, *Dr. fam.* 2007, étude 12.

- Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant ?, *Dr. fam.* 2010, étude 19.

- Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens, in *L'identité de la personne humaine*, éd. Bruylant 2002.

**Prodhomme-Delecourt (F.) et Desnoyer (C.)** Les qualités et conditions requises pour contracter mariage, *Lamy, droit des personnes et de la famille*, coll. Lamy droit civil, n°307-15.

**Puppinck G. et C. de La Hougue**, Paradiso et Campanelli c/ Italie : la CEDH entérine une "vente d'enfant par GPA", *RLDC*, 5841, mai 2015.

**Raja (C.) et Terrier (E.)** Esquisses sur l'autodétermination de la personne, in *Mélanges Gérard Mémenteau*, LEH édition, oct. 2015.

**Raoul-Corneil (G.)**

- La question du genre dans le Code civil, *RRJ* 2009, p. 192 et s.

- L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 101-134.

- Une analyse contractuelle du don de gamètes, in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014, pp. 25-46.

**Reydellet (M.)** La Convention des droits de l'enfant n'est pas un traité « hors jeu », *LPA* 26 janv. 1998, n° 11, p. 17 et s.

**Richard (C.) et Berdeaux-Gacogne (F.)** Sanction de la gestation pour autrui, *AJ. fam.* 2013 p. 600.

**Roger (G.)** Ethique et sciences de la vie. Entre loi et conscience : à la recherche de valeurs partagées, *Mélanges en l'honneur de G. Mémenteau, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Edition, 2016, pp. 93-104.

**Rouvière (F.)** Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique, *Gaz. Pal.* 7 mars 2013, n° 66, p. 5.

**Roux (J.)**, *Vox clamantis in deserto*. L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à priver d'effets le recours illicite à la PMA et à la GPA, *JCP éd. G.* n° 16,2015, doct. 483.

**Rubellin-Devichi (J.) et Carbonnier (J.)**, Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, *JCP éd. G.* 1994, I, n° 3739, p. 87.

**Ruffieux (G.)** Retour sur une question controversée : le sort des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger : *RLDC* 2014, *chron.* 7.

**Sainte-Rose (J.)** Vers une reconnaissance de l'homoparentalité, *AJ. fam.* 2005, p. 395.

**Salvage- Gerest (P.)** Adoption de l'enfant adoptif du conjoint : que faut-il comprendre ?, *AJ. fam.* 2013, p. 345.

**Sandor (J.)** Concilier les familles traditionnelles avec la fécondation *in vitro* : le cadre juridique hongrois de la filiation à la lumière des interventions biomédicales, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 145-157.

**Sarcelet (J.-D.)**

- L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne, *RLDC* 2011, supplément n° 87, pp. 17-21.

- L'identité sexuée dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014, pp.123-139.

- L'être humain dans tous ses états de droits. Approche jurisprudentielle, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 69-84.

**Sauvage (F.)** Le prix d'un ovocyte, in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014, pp. 113-119.

**Schamps (G.)** Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à l'AMP et l'établissement de la filiation en droit belge, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté ; approche internationale*, Bruylant, 2014, pp. 55-82.

**Segura (J.)** L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit luxembourgeois, *RLDC* 2011, supplément n° 87, pp. 52-55.

**Sériaux (A.)**

- L'enfant comme don, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM 1996, pp.11-28.

- « *Infans conceptus...* » » remarques sur un univers juridique en mutation, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM 1996, pp 53-77.

- Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM 1996, pp.147-164.

- Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ?, *D.* 2009, chron. 1215.

- La complémentarité des sexes en droit e la famille- rapport de synthèse, in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014, pp. 343-354.

-Préface, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2016, pp. 7-14.

**Sindres (D.)** Le tourisme procréatif et le droit international privé, *JDI* n°1-2015, doct. 4.

**Soulard (C.)** Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui, in *Autour de la gestation pour autrui*, Dossier, Les cahiers de la justice, 2016/2, éd. Dalloz, pp. 191-203.

**Spinoli (L.)** Le contentieux familial international : questions tourmentées sur le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme. *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014, pp. 213-226.

**Thevenet-Grospiron, (N.)** La reconnaissance de la filiation en DIP : la circulation internationale des filiations non charnelles : *JCP N* 2015, 22, dossier 1175, p. 70.

**Van Loon (H.)** Articulation et interaction des normes, *Vers un statut européen de la famille* (dir. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon), Dalloz, 2014, pp. 79- 86.



**Verdier (P.)** Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, in *L'intérêt supérieur de l'enfant en question. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

**Viganotti (E.)**

- Actualité jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne, *Dr. fam.* 2011, comm. 66.
- Les enfants issus de mères porteuses étrangères ne doivent pas être privés d'état civil français : les arrêts Mennesson et Labassee de la CEDH, *Gaz. Pal.* Juil. 2014, n° 105, p. 12.

**Watté (N.), Barnich (L.), Jafferli (R.)** Chronique de jurisprudence belge, *Journal du droit international Clunet*, 2011, *chron.* n° 9.

**Waltz-Teracol (A.)** Vue rétrospective, actuelle et prospective sur la gestation pour autrui en France : *LPA* 2014, n° 233, p. 4.

**Zermatten (J.)** L'intérêt supérieur de l'enfant, in *L'intérêt supérieur de l'enfant en question. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

<b>ANTHROPOLOGIE, HISTOIRE, PHILOSOPHIE, MÉDECINE, PSYCHOLOGIE</b>
--

**Ouvrages**

**Agacinski (S.)**

- *Femme entre sexe et genre, La librairie du XXIème siècle*, Seuil.
- *Politique des sexes*, éd. Seuil, 1998.
- *Corps en miettes*, éd. Flammarion, 2009.

**Badinter (E.)** *XY De l'identité masculine*, Paris, éd. Odile Jacob.

**Butler (J.)**

- *Gender Trouble, the subversion of Identity, Routledge New York and London*, 1990. *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, Paris, La découverte, 2006.
- *Undoing Gender*, Routledge Paris éd. Amsterdam 2006.

**Chiland (C.)** *Changer de sexe : illusion et réalité*, éd. O. Jacob, 2011.

**Dupont (S.)** *La famille aujourd'hui, entre tradition et modernité*, Ed. Sciences humaines, 2017.

**Finkielkraut (A.)** *La seule exactitude*, éd. Stock, 2015.

**Flavigny (C.)**

- *Parents d'aujourd'hui, enfant de toujours*, éd. Armand Colin, 2008.
- *Avis de tempête sur la famille*, éd. Albin Michel, 2009.
- *Et si ma femme était mon père ? Les nouvelles familles-gamètes*, éd. LLL, 2010.
- *L'infantile, l'enfantin, les destins de la filiation*, Paris, PUF, 2011.
- *La querelle du genre*, Paris, PUF, 2012.
- *Je veux papa ET maman- « Père-et-mère » congédiés par la loi*, éd. Salvator, 2013.
- *Sauvons l'éducation*, éd. Salvator 2017.

**Godefridi (D.)** *La loi du genre*, Les belles lettres, 2015.

**Héritier (F.)** *Masculin féminin, La pensée de la différence*, Odile Jacob, 1995.

**Lebovici (S.), Diatkine (R.), Soulé (M.)**, *Nouveau traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, Paris, PUR, 4 vol., 2004.

**Legendre (P.)**

- *L'empire de la vérité, Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, éd. Fayard. 1983.

- *Leçons I La 901<sup>e</sup> conclusion, Etude sur le théâtre de la Raison*, éd. Fayard. 1983.

- *Leçon VI, Les enfants du texte. Etude sur la fonction parentale des Etats*, éd. Fayard, 1992.

- *Le désir politique de Dieu, Etude sur les montages de l'Etat et du Droit, Leçons VII*, éd. Fayard, 1998.

- *De la société comme Texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, éd. Fayard 2001.

**Legendre (P.) et Papageorgiou-Legendre (A.)** *Filiation, fondement généalogique de la psychanalyse, Leçons IV, suite 2*, Paris-Fayard, 1990.

**Lévy-Soussan (P.)**

- *Eloge du secret*, Paris, Fayard, 2006.

- *Destins de l'adoption*, Paris, Fayard, 2010.

**Mhel (D.)** *Enfants du don, Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Robert Laffont, collec. Le monde comme il va, 2007.

**Peeters (B.)** *Le gender, une norme mondiale ?* Mame, 2013.

**Pulman (B.)** *Mille et une façons de faire les enfants. La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010.

**Revault D'allonnes (M.)** *Le pouvoir des commencements, Essai sur l'autorité*, Paris, Seuil, 2006

**Rey (O.),**

- *Itinéraire de l'égarement. Du rôle de la science dans l'absurdité contemporaine*, éd. Le Seuil 2003.

- *Une folle solitude. Le fantasme de l'homme auto-construit*, éd. Le Seuil, 2006.

**Supiot (A.)** *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Seuil 2005.

**Taguieff (PA)**, *Des putes et des Hommes. Vers un ordre moral androphobe*, éd. Ring. 2016.

**Testard (J.)** *Faire des enfants demain*, Seuil 2014

**Articles**

**Alessandrin (A.)** Le transsexualisme : une catégorie nosographique obsolète, S.F.S.P./ Santé Publique 2012/3 Vol.24, pp. 263-268, <http://www.cairn.info/revue-sante-publique-2012-3-page-263.htm>

**Bastard (B.)** Les politiques de protection de l'enfance, in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, RLDC nov. 2011, supplément au n° 87, pp. 13-16.

**Bléhaut (H.)** Particularités biologiques spécifiques de l'ovocyte et du spermatozoïde, in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014, pp. 21-24.

**Chiland (C.)**

- La problématique de l'identité sexuée, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*.56 (2008) 328-334, Elsevier Masson.
- Etude Chiland, Clouet, Golse, Guinot et Wolf, publiée en sept. 2013, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, éd. Elsevier Masson.
- Enfants de transsexuels ou le sexe et le genre revisités, *Le Quotidien du médecin*, n° 9219, 8 fév. 2013.
- Dialogue entre genre et sexe, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, Elsevier Masson France.
- Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité, *PSN* volume 11, n° 4/2013.

**Déchaux (J-H.)** Les défis des nouvelles techniques de reproduction : comment la parenté entre en politique, *Les incidences de la biomédecine sur la parenté* (B. Feuillet-Liger et M-C Crespo-Brauner, sous la dir. de), éd. Bruylant 2014, pp. 313-335.

**Edouard (F.)** Entre le juridique et le besoin affectif, quelle place pour les parents ? in *Le statut de l'enfant depuis la convention internationale relative aux droits de l'enfant*, RLDC 2011, supplément au n° 87, pp. 57-59.

**Engel (M.)** Cross-border surrogacy: time for a convention, in K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014, p. 199 et s.

**Feingold (J.)** La génétique médicale est-elle eugénique ? in *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, pp. 237-242.

**Flavigny (C.)** don de gamètes et psychologie, in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014, pp. 47-52.

**Frydman (R.)** L'assistance médicale à la procréation : aspects médicaux et pratiques, in *La liberté de la personne sur son corps*, P. Muzny (sous la dir. de), Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 37-64.

**Javerzat (S.)** La gestation pour autrui (approche médicale), in *Autour de la gestation pour autrui*, Dossier, Les cahiers de la justice, 2016/2, éd. Dalloz, pp. 205-208.

**Le Coz (P.)**

- Qu'est-ce qu'être mère à l'âge de l'assistance médicale à la procréation ? in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, éd. Bruylant, pp. 349-356.
- Sur quoi repose la famille ? Approches philosophiques, in *Familles contemporaines. Le défi de l'éthique*, colloque 24 nov. 2016, ville de Marseille.

**Leuillet (P.)** « Quotidien du médecin », lundi 18 mai 2015 n°9412, d'après la communication du Dr, gynécologue, sexologue, sexothérapeute, Amiens.

**Lévy-Soussan (P.)**

- Construction de l'identité et filiation adoptive, quand le fil ne noue plus les fils, *Prisme*, n° 46, 2007, pp. 248-257.
- Filiation, sexuation et construction psychique : nature et culture, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. pp. 85-99.
- Enjeux psychologiques des filiations actuelles : en finir avec l'intérêt de l'enfant ? in *Familles contemporaines. Le défi de l'éthique*, colloque 24 nov. 2016, ville de Marseille.

**Mattéi (J-F.),**

- Des dilemmes éthiques au cœur des pratiques médicales, in *Familles contemporaines. Le défi de l'éthique*, colloque 24 nov. 2016, ville de Marseille.
- De la gestation pour autrui, *Mélanges en l'honneur de G. Mémenteau, Droit médical et éthique*

médicale : regards contemporains, LEH Edition, 2016, pp. 271-280.

**Money (J.)** Hermaphroditism, gender and precocity in hyper-adrenocorticism : *Psychologic findings*, *Bulletin of the Johns Hopkins Hospital*, 96, pp. 253-264 (1955).

**Ravez (L.)** Des enjeux éthiques, in *familles contemporaines. Le défi de l'éthique*, colloque 24 nov. 2016, ville de Marseille.

**Taboulet (F.)**

- Don d'ovocytes et tourisme procréatif : comment sortir de l'impasse?, *Médecine et Droit* mars 2014, p. 40.

- Le don de gamètes : quels enjeux médico-économiques ?, in *Le don de gamètes*, éd. Bruylant 2014, pp. 53-83.

**Terestchenko (M.)**

- La convention internationale des droits de l'enfant ou le kitsch au royaume du droit, in *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, *RLDC* nov. 2011, supplément au n° 87, pp. 9-12.

- Le principe de dignité-Petite contribution à une théorie apophasique du droit, in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2014, pp. 61-67.

**Testart (J.)**, *Faire des enfants demain*, Seuil, 2014.

**Tourame (P.)**, Quelle liberté pour la mère porteuse ? Autour de la gestation pour autrui, Dossier, *Les cahiers de la justice*, 2016/2, éd. Dalloz, pp. 275-288.

**Youf (D.)** Mari et femme : l'évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale, *RRJ, PUAM*, 2004-2 (2), pp. 1467-1477.

## SOCIOLOGIE

**Archambault (P.)** *Les enfants de familles désunies en France. Leurs trajectoires, leur devenir*, INED, 2007.

**Attias-Donfut (C.), Lapierre (N.) et Ségalen (M.)** *Le nouvel esprit de famille*, Editions Odile Jacob, 2002.

**Bedin (V.) et Fournier (M.) (dir.)** *La parenté en question(s)*, Sciences Humaines éditions, 2013.

**Béraud (C.) et Portier (P.)** *Métamorphoses catholiques. Acteurs, enjeux et mobilisations depuis le mariage pour tous*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2015.

**Boudon (R.)** *Croire et savoir. Penser le politique, le moral et le religieux*, PUF, « Quadrige », 2012.

**Cadoret (A.)** *Parenté plurielle. Anthropologie du placement familial*, L'Harmattan, 1995.

**Charrier (P.) et Clavandier (G.)** *Du projet parental au droit à l'enfant ?*, chapitre 8, dans : *Sociologie de la naissance*, Armand Colin, 2013, pp. 216 à 238.

**Commaille (J.)**

- La construction du couple par les individus, la société et le politique. *Approche sociologique*, in *La notion juridique de couple* (C. Brunetti-Pons, sous la dir. de), Economica, 1998, pp. 9-15.

- Droit et sociologie. Des rapports au risque de l'histoire, *in Regards sur le droit* (F. Terré, sous la dir. de), éd. Dalloz, pp. 173-181.
- Préface, *in Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, éd. Bruylant, (B. Feuillet-Liger et M-C Crespo-Brauner), 2014, pp. 5-8.
- *A quoi nous sert le droit ?*, éd. Gallimard, « Folio essais », 2015.

**Déchaux (J.-H.)** *Le souvenir des morts. Essai sur le lien de filiation*, PUF, « Le lien social », 1997.

**Debest (C.)** *Le choix d'une vie sans enfant*, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

**Delannoy (C.)** *Au risque de l'adoption. Une vie à construire ensemble*, La Découverte, 2004.

**Descoutures (V.)** *Les mères lesbiennes*, PUF-Le Monde, « Partage du savoir », 2010.

**Ensellem (C.)** *Naître sans mère ? Accouchement sous X et filiation*, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

**Fine (A.) (dir.)** *Adoptions. Ethnologie des parentés choisies*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1998.

**Gavarini (L.)** *La passion de l'enfance. Filiation, procréation et éducation à l'aube du XXème siècle*, Denoël, 2001 ; Hachette, « Pluriel », 2004.

**Gratton (E.)** *L'homoparentalité au masculin*, PUF-Le Monde, « Partage du savoir », 2008.

**Gross (M.)**

- *L'homoparentalité*, PUF, « Que sais-je ? », 2003.
- *Choisir la paternité gay*, Editions Erès, 2012.

**Gross (M.) et Neirinck (C.)** *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, La Documentation française, « Place au débat », 2014.

**Habermas (J.)** *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral ?*, 2001, tr. fr. Gallimard, 2002, « Tel » n°412, 2015.

**Iacub (M.)** *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004.

**Ibos (C.)** *Qui gardera nos enfants ? Les nounous et les mères*, Flammarion, 2012.

**Jacques (B.)** *Sociologie de l'accouchement*, PUF-Le Monde, « Partage des savoirs », 2007.

**Kermalvezen (A.)** *Né de spermatozoïde inconnu*, Presses de la Renaissance, 2008.

**Lafontaine (C.)** *Le corps-marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Seuil, « La couleur des idées », 2014.

**Lance (D.) et Merchant (J.)** Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux Etats-Unis, *in Autour de la gestation pour autrui*, Dossier, Les cahiers de la justice, 2016/2, éd. Dalloz, pp. 231-247.

**Le Breton (D.)** « La question anthropologie de la gestation pour autrui, *in Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, éd. Bruylant, 2014, pp. 337-348.

**Le Gall (D.) et Bettahar (Y.) (dir.)** *La pluriparentalité*, PUF, « sociologie d'aujourd'hui », 2001.

**Levet (B.)** *La théorie du genre ou le monde rêvé des anges. L'identité sexuée comme malédiction*, Grasset, 2014.

**Macé (B.)** L'assistance médicale à la procréation, séance du 26 octobre 2013, *Précis des travaux de l'Académie des sciences, belles lettres et arts de Rouen*, 2014, pp. 207 à 222.

**Martial (A.)** *S'apparenter. Ethnologie des liens de familles recomposées*, Edition de la Maison des Sciences de l'Homme, « Ethnologie de la France », 2003.

**Martin (C.)** *L'après-divorce. Lien familial et vulnérabilité*, Presses Universitaires de Rennes, « le sens social », 1997.

**Marzano (M.)** Enquête pour le CECOS de Cochin, citée in D. Mehl, *Lois de l'enfantement. Procréation et politique en France (1982 – 2011)*, Les Presses de Sciences Po, 2011, p 45.

**Mathieu (S.)**

- *L'enfant des possibles. Assistance médicale à la procréation, éthique, religion et filiation*, Les éditions de l'Atelier, 2013.

- Et Dieu dans tout ça ? AMP et aménagement des normes religieuses : une étude de cas, dans : Aubin-Boltanski (E.), Lamine (A.-S.) et Luca (N.) (dir.), *Croire en actes. Distance, intensité ou excès ?*, L'Harmattan, « Religions en question », 2014, pp. 133 à 145.

**Mehl (D.)** *Lois de l'enfantement. Procréation et politique en France (1982 – 2011)*, Les Presses de Sciences Po, 2011.

**Mennesson (S.) et (D.)** *La gestation pour autrui. L'improbable débat*, Michalon, 2010.

**Neyrand (G.) et Rossi (P.)** *Monoparentalité précaire et femme sujet*, Erès, « Pratiques du champ social », 2004.

**Niessen (F.)** Quand l'enfant se fait attendre. L'assistance médicale à la procréation, chapitre 6, dans : Niessen (F.) et de Dinechin (O.), *Repères chrétiens en bioéthique. La vie humaine du début à la fin*, Salvator, 2015, pp. 167 à 202.

**Parizer-Krief (K.)** A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande-Bretagne), in *Autour de la gestation pour autrui*, Dossier, Les cahiers de la justice, 2016/2, éd. Dalloz, pp. 217-230.

**Porqueres (I), Gené (E.) (dir.)** *Défis contemporains de la parenté*, Editions de l'EHESS, « Cas de figure », 2009.

**Poittevin (A.)** *Enfants de familles recomposées. Sociologie des nouveaux liens fraternels*. Presses Universitaires de Rennes, « Le sens social », 2006.

**Provence (M.)** *Enfants abandonnés, enfants sans père. Comment retrouver la filiation ?*, Editions Archives et Culture, 2015.

**Pulman (B.)** *Mille et une façons de faire les enfants. La révolution des méthodes de procréation*, Calmann-Lévy, 2010.

**Rault (W.)** *L'invention du PACS. Pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union*, Les Presses de Sciences Po, « Sociétés en mouvement », 2009.

**Régnier-Loilier (A.) (dir.)** *Portraits de familles. L'enquête Etude des relations familiales et intergénérationnelles*, Les éditions de l'INED, 2009.

**Ségalen (M.)**

- *A qui appartiennent les enfants ?*, Tallandier, 2010.

- *Les nouvelles formes de la conjugalité : du désordre dans l'institution ?*, dans : Cahiers Français, n° 371, novembre-décembre 2012 ; repris dans Cahiers Français, n° 383, novembre-décembre 2014, pp. 41 à 49.

**Ségalen (M.) et Martial (A.)** Filiation et parentalité, chapitre 5, dans : *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> édition, 2013, pp. 134 à 153.

**Singly de (F.)** *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, « 128 », 1993.

**Théry (I.)**

- *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Editions de l'EHESS, « Cas de figure », 2010.

- *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Seuil-La République des idées, 2016.

**Théry (M.) et Chaillou (E.)** *La sociologie et l'ourson*, film, 2016.

**Weber (F.)** *Le sang, le nom, le quotidien : une sociologie de la parenté pratique*, Editions Aux lieux d'être, 2005.

**Yuditseva (E.)** *La famille, pilier des catholiques traditionalistes en France*, L'Harmattan, « Logiques sociales », 2015.

**Zarka (B.)** « La transmission du nom : identité et dualité », dans : *Esprit*, n° 282, février 2002, pp. 84 à 105.

Vingt ans et trente enquêtes :

- 1995, placement dans des familles d'accueil (Cadoret)
- 1997, souvenir des morts et filiation (Déchaux)
- 1997, après divorce et liens familiaux (Martin)
- 2003, homoparentalité (Gross)
- 2003, s'apparenter, liens entre quasi frères et sœurs (Martial)
- 2004, histoire du droit de la maternité (Iacub)
- 2004, vécu de l'adoption (Delannoy)
- 2004, accouchement sous X (Ensellem)
- 2005, paternité plurielle (Weber)
- 2006, enfants dans les recompositions familiales (Poittevin)
- 2007, enfants de familles désunies (Archambault)
- 2007, monoparentalité et fragilités (Neyrand et Rossi)
- 2007, grands-parents et liens entre générations (Attias-Donfut, Lapierre et Segalen)
- 2008, gestation pour autrui (Mennesson)
- 2008, né de spermatozoïde inconnu (Kermalvezen)
- 2008, enfants du don (Mehl)
- 2008, pères gays (Gratton)
- 2009, débuts du PACS (Rault)
- 2009, pères stériles (Marzano - CECOS)
- 2009, relations familiales et intergénérationnelles (INED - Régnier-Loilier)
- 2009, comparaisons entre pays sur la parenté (Porqueres i Gené)
- 2010, mères lesbiennes (Descoutures)
- 2010, médecins pour 1001 façons de faire les enfants (Pulman)
- 2010, anonymat des donneurs de gamètes (Théry)
- 2010, à qui appartiennent les enfants (Segalen)
- 2012, rôle des nounous (Ibos)

- 2013, religion et recours à l'assistance médicale à la procréation (Mathieu)
- 2014, cercle des experts sur la parenté (Bedin et Fournier)
- 2014, enjeux économiques du biomédical, le corps-marché (Lafontaine)
- 2015, pratiques familiales traditionnelles comme refuge (Yudintseva)

### **Rapports, colloques, dossiers, enquêtes**

**Académie nationale de médecine (France)**, La gestation pour autrui, rapport fait au nom d'un groupe de travail, par R. Henrion et C. Bergoignan-Esper, 10 mars 2009.

**Académie de Médecine**, *La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe*, 27 mai 2014.

**Conseil d'orientation de l'Agence de biomédecine**, rapports annuels.

- Rapport sur l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux célibataires, 2013.
- Rapport sur l'autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles souhaitant procéder à un traitement de réassignation sexuelle, 2014.

**CNAOPS**,

- 20 mars 2015, enquête : " **Qualité de vie des personnes pupilles de l'Etat ou enfants adoptés ayant rencontré leurs parents de naissance à l'âge adulte et qualité de vie des parents adoptifs et des parents de naissance. Evaluation de la satisfaction des usagers**"
- Juin 2010, enquête : Les demandes d'accès aux origines personnelles émanant de mineurs.
- Mars 2010, enquête : Etude sur les mères de naissance qui demandent le secret de leur identité lors de leur accouchement : bilan d'étape.

**Conseil d'état**, *La révision des lois bioéthique*, Rapport La documentation française, avril 2009.

**David (G.), Henrion (R.), Jouannet (P.), Bergoignan-Esper (C.)** *La gestation pour autrui*, Académie nationale de médecine, Lavoisier, 2011.

**Détraigne (Y.) et Tasca (C.)**, *Défendre les principes, veiller à l'intérêt de l'enfant. Quelles réponses apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger*, rapport Sénat n° 409, 17 fév. 2016.

**Gouttenoire (A.) et Corpart (I.)**, rapporteur, « *410 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui* », fév. 2014, rapport remis à la demande du Ministère des affaires sociales et de la santé, et du Ministère délégué chargé de la famille.

**Granet (F.)**, *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les pays de la CIEC*, note de synthèse CIEC, 2003

**Léonetti (J.)**, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Paris, La documentation française, 2009.

**Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée :**

- Le pacte civil de solidarité, n° LC 48, décembre 1998.
- L'homoparentalité, n° LC 100, janv. 2002.
- Le mariage homosexuel, n° LC 134, 2004.
- La gestation pour autrui, n° LC 182 ; **André (M.) (prés.), Milon (A.) et de Richemont (H.)** (rapp.), Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Groupe de travail du Sénat, Les rapports du Sénat, n° 421, 2008.
- Le statut du beau-parent, n° LC 196, avril 2009.



- Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité, n° LC 229, novembre 2012.
- Législation comparée, nov. 2012, « Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité, Documents du Sénat, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, LC 229.

**Martin-Blachais (M-P.)** *Démarche de consensus sur les besoins fondamentaux de l'enfant en protection de l'enfance*, Rapport remis à L. Rossignol, Ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes, 28 fév. 2017.

**Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique**, Rapport 2008.

**ONED**, *Dixième rapport au Gouvernement et au Parlement*, La documentation française, mai 2015.

**Rosenveig (J.-P.), Youf (D.), Capelier (F.)**, « De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie », Rapport remis à sa demande à Mme Bertinotti, le 29 janvier 2014.

**Semaine Juridique-** *Le secret à l'ère de la transparence*, Colloque annuel de la semaine juridique, *JCP éd. G.* 2012, supplément au n° 47, p.9.

**Théry (I.) (Dir.)**

- *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la justice, Paris, La documentation française, 1998.

- Document d'analyse : *Mariage des personnes de même sexe et filiation : le projet de loi au prisme des sciences sociales*, Les cercles de formation de l'EHESS, 2013.

- *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux valeurs de responsabilité générationnelle*, rapport du groupe de travail 2014, à la demande du Ministère des affaires sociales et de la santé et du Ministère délégué à la famille, Odile Jacob, 2014.

**Versini (D.)** *L'enfant au cœur des séparations parentales conflictuelles. Plaidoyer pour mieux préserver l'intérêt de l'enfant*, Rapport thématique du Défenseur des enfants, Paris, La documentation française, 2008.

**Colloques :**

- **13-14 oct. 2014, Paris Sorbonne, Dialogue interdisciplinaire autour du droit de la famille et de la parenté**, H. Fulchiron, A-M Leroyer, I. Théry (sous la dir. de).
- **Paris 3 déc. 2014, La maternité face au marché**, MA Frison-Roche et MJ Bonnet (sous la dir. de)
- **Vendredi 30 janvier 2015, Bonheur ou malheur d'être fille ou garçon**, Société Française de Psychiatrie de l'Enfant et de l'Adolescent, FIAP Jean Monnet, 30 rue Cabanis, 75014 Paris, Avec Kenneth J. Zucker, Sous la présidence de Michel Wawrzyniak, président de la SFPEADA ; Interventions de Colette Chiland, Jean Chambry, Agnès Condat, Karien Guéniche, François Medjkane, Catherine Brémont, David Cohen, Gisèle Apter, Marie-Michèle Bourrat.
- **Samedi 11 avril 2015, Où mène la déconstruction de la différence sexuelle ? Théorie du genre et nouveau puritanisme**, La Politique Autrement, Bérénice Levet, Claude Habib, Robert Kopp.
- **17-18 nov. 2016, Paris, La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde-**

représentations, encadrements et pratiques, INED, Université Panthéon-Sorbonne, Muséum d'histoire naturelle, EHESS.

- 24 nov. 2016, Familles contemporaines. Le défi de l'éthique. Ville de Marseille.
- 24-25 nov. 2016, Université de Bourgogne, *Mater semper certa est : passé, présent, avenir d'un adage*, CREDESPO.

## BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE ETRANGERE

**Abejide (O.R.), Tadese (M.A.), Babajide (D.E.), Torimiro (S.E.A), Davies-Adetugbo (A.A.), Makanjuola (R.O.A)**, "Nonpuerperal induced lactation in a Nigerian community: Case reports", *Ann Trop Paediatr.*; 1997, n° 17: 109-114.

**Agnafors (M.)**, "The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget", *Medical Health Care and Philosophy*, 2014, n° 17: 357-363.

**Andorno (R.)** *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, éd. Bruylant, collection Droit, bioéthique et société.

**Andrews (E.) et Bonta (J.)**, *The Psychology of Criminal Conduct*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> ed., 2010. – traduction en français par C. le Bossé et M. Herzog-Evans, sous le titre *Le comportement délinquant. Analyse et modalités d'intervention*, Les Presses de l'Enap, 2015.

**Aramesh (K.)**, « Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns », *British Medical Journal*, 2009, n° 35: 320-322.

**Atkinson (L.)**, "Attachment and Psychopathology: From Laboratory to Clinic", in L. Atkinson et K.J. Zucker (dir.) (1997), *Attachment and Psychopathology*, the Guilford Press, 1997: 3-16.

**Bailey (A.)**, "Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy", *Hypatia*, 2011, n° 26(4) 715-741, Spéc., p. 729.

**Baslington (H.)**, "The Social Organization of Surrogacy: Relinquishing a Baby and the Role of Payment in the Psychological Detachment Process", *Journal of Health Psychology*, 2002, n° 7(1): 57-71.

**Beaumont (P.) et Trimmings (K.)**

- "International surrogacy arrangements: an Urgent Need for Legal Regulation at the International Level", *J. Priv. Intl. L.*, 2011, 627-647.

-International surrogacy arrangements, Legal Regulation at the Instrument Level, in *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, 2013.

**Berend (S.)**, "Surrogate Losses: Understandings of pregnancy loss and assisted reproduction among surrogate mothers", *Medical Anthropology Quarterly*, 2010, n° 24(2): 240-262

**Bergamasco (L), Macchi (R.), Facello (C.), Badino (P.), Odore (R.), Pagliasso (S.), Bellino (C.), Osella (M.C.) et Re (G.)**, "Effects of brief maternal separation in kids on neurohormonal and electroencephalographic parameters", *Applied Animal Behavior Science*, 2005, n° 10(3): 204-211.

- Berk (H.L.)**, “The Legalization of Emotions: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor”, *Law & Society Review*, 2015, n° 49(1): 143-177.
- Biearman (K.L.)**, “*Anger and Aggression. A Developmental Perspective*”, in A. Carvell et K.T. Malcolm, *op. cit.*: 215-238.
- Biervliet (F.P.), Maguiness (S.D.), Killick (D.M.) et Atkin (S.L.)**, “Induction of lactation in the intended mother of a surrogate pregnancy”, *Human Reproduction*, 2001, n° 16(3): 581-583.
- Blaffer Hrdy (S.)**, “Evolutionary Context of Human Development. The Cooperative Breeding Model”, in C.S. Carter, L. Ahnert, K.E. Grossmann S. Blaffer Hrdy, M.E. Lamb, S.W. Porges, et N. Sachser (dir.), *Attachment and Bonding. A New Synthesis, Dahlem Workshop Reports*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2005: 49-32.
- Bolwby (J.)**, *Maternal Care and Mental health*, WHO, 1951.
- Büchler (A.) et H. Keller (dir.)**, *Family forms and Parenthood, Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, Intersentia 2016.
- Bushnell (I. W.), F. Sai et J.T. Mullin**, “Neonatal recognition of the mother’s face”, *British Journal of Developmental Psychology*, 1989, n° 7(1):3–15.
- Bretherton (I.)**, « The origins of attachment theory: John Bolwby and Mary Ainsworth », *Developmental Psychology*, 1992, n° 28: 759-775.
- Bryan (A.A.)**, “Enhancing parent-child interaction with a prenatal couple intervention”, *American Journal of Maternal/Child Nursing*. 2000, n° 25:139–145.
- Bryant (C.A.)**, “Nursing the adopted infant”, *J Am Board Fam Me*, 2006, n° 19(4):374-379.
- Bystrova (K.), Ivanova (V.), Edhborg (M.), Matthiesen (A.S.), Ransjo-Arvidson (A.B.), Mukhamedrakhimov (R.), Widstrom (A.M.)**, “Early contact versus separation: effects on mother–infant interaction one year later”, *Birth*, 2009, n° 36: 97–109.
- Caracciolo di Torella (E.) et Foubert (P.)**, « Surrogacy, pregnancy and maternity rights: a missed opportunity for a more coherent regime of parental rights in the EU », *European Law Review* 2015, pp. 52 et s.
- Carter (C.S.), Ahnert (L.), Grossmann (K.E.), Hrdy (S.B.), Lamb (M.E.), Porges (S.W.) et Sachser (N.)** (dir.), *Attachment and Bonding. A New Synthesis, Dahlem Workshop Reports*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2005.
- Carvell (A.) et Malcolm (K.T.)** (dir.), *Anger, Aggression and Intervention for Interpersonal Violence*, Routledge, 2007.
- Cheales-Siebenaler (N.J.)**, “Induced lactation in an adoptive mother”. *J Hum Lac*, 1999, n° 15(1): 41-43.
- Cherry (A.L.)**, “The Rise of the Reproductive Brothel in the Global Economy: Some Thoughts on Reproductive Tourism, Autonomy and Justice”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2014, n° 17(3): 257-312
- Cicarelli (J.) et Beckman (L.J.)** “Navigating rough waters : an overview of psychological aspects of surrogacy” *J. Soc.Issues* , 2005, n° 61(1): 21-43.

- Coan (J. A.),** “Toward a Neuroscience of Attachment”, In J. Cassidy et P.R. Shaver (dir.)
- Corea (G.),** *The Mother Machine. Reorioductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper & Row, 1986,
- Corea (G.),** *The Mother Machine. Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper & Row Publishers, 1985).
- Davis (E.)** “The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation”, *Minnesota J. Intl. L.*, 2012, 120-144.
- De Casper (A. J.) et Fifer, (W.P.),** “Of Human Bonding: Newborns Prefer their Mothers' Voices”, *Science, New Series*, 1980, n° 208(4448): 1174-1176.
- Deonandan (R.), Green (S.) et Van Beinum (A.),** “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism”, *Journal of Medical Ethics*, 2012, n° 38: 742-745.
- Dworkin (A.),** *Right-Wing Women*, New York, Pedigee Book, 1983.
- Engel (M.),** «Cross-border surrogacy: time for a convention», in K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014, p. 199 et s.
- Espaliu Berdud (C.)** *El estado en la encrucijada: retos y desafíos en la Sociedad internacional del Siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi 2016.
- Fergusson (D.M.), L.J. Horwood, M.T. Lynskey,** “Parental separation, adolescent psychopathology, and problem behaviors”, *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 1994, n° 33: 1122–1131.
- Fernández (I.O.), M.A. Marín Gabriel, A. Gil-Sanchez, L.M. Garcia-Segura, et M. Angeles Arevalo,** “Neuroendocrinology of childbirth and mother–child attachment: The basis of an etiopathogenic model of perinatal neurobiological disorders”, *Frontiers in Neuroendocrinology*, 2014, n° 35: 459-472.
- Feuillet-Liger (B.), Orfali (K.) and Callus (T.)**  
 - *Who is my Genetic Parent? Donor anonymity and Assisted Reproduction: a Cross-cultural Perspective*, Ed. Bruylant 2011, collection Droit, Bioéthique et société.  
 - *The female Body: a journey Trough Law, Culture and Medecine*, éd. Bruylant 2013, collection Droit, bioéthique et société.
- Fifer (W.P.), J. Gomes-Pedro, J.K. Nugent, J.G. Youn, T.B. Brazelton,** “The fetus, the newborn, and the mother’s voice”, in J. Gomes-Pedro, J.K. Nugent, J.G. Young et T.B. Brazelton (dir.), *The infant and the family in the twenty-first century*, New York: Brunner-Routledge, 2002: 79-85.
- Field (T.),** “Attachment and separations in young children”, *Annual Review of Psychology*, 1996, n° 47: 541-561.
- Fischer (S.),** *Attachment and self-reported behaviors of surrogate mothers and non-surrogate mothers during pregnancy*. Thèse de Doctorat, Department of Psychology, Hofstra University, Hempstead, New York, 1990.
- Fischer (S.) et Gillman (I.),** « Surrogate motherhood: Attachment, attitudes and social support”, *Psychiatry*, 1991, n° 54: 13–20

**Fleming (A. S.),** “Neurobiological and Molecular Approaches to Attachment and Bonding”, in C.S. Carter, L. Ahnert, K.E. Grossmann, S.B. Hrdy, M.E. Lamb, S.W. Porges et N. Sachser (dir.), *Attachment and Bonding. A New Synthesis, Dahlem Workshop Reports*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2005 137-168.

**Fonagy (P.), Steele (H.) et Steele (M.),** “Maternal representations of attachment during pregnancy predict the organization of infant-mother attachment at one year of age”, *Child Development*, 1991, n° 62:891–905.

**Fonagy (P.), Target (M.), Steele (M.), Steele (H.), Leigh (T.), Levinson (A.) et Kennedy (R.),** “*Morality, Disruptive Behaviour, Borderline Personality Disorder, Crime, and their Relationships to Security of Attachment*”, in L. Atkinson. et K.J. Zucker (dir.) (1997), *Attachment and Psychopathology*, the Guilford Press, 1997: 223-274.

**Fonagy (P.),** “Towards a developmental understanding of violence”, *British Journal of Psychiatry*, 2003, n° 183: 190-193.

**Fox (N. A.) et Hane (A.A.),** “Studying the Biology of Human Attachment”, In J. Cassidy et P.R. Shaver (dir.), *The Handbook of Attachment. Theory, Research, and Clinical Applications*, New York, Guilford Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2008: 217-240.

**Fuller (J. R.),** “Early patterns of maternal attachment”, *Health Care for Women International*, 1994, n° 11: 433–446.

**Gilliom (M.), Shaw (D.S.), Beck (J.E.), Schonberg (M.A.), Luko (J.L.),** “Anger regulation in disadvantaged preschool boys: strategies, antecedents, and the development of self-control”, *Developmental Psychology*, 2002, n° 38: 222-235.

**Golberg (S.),** “Attachment and Childhood Behavior Problems in Norman, At-Risk, and Clinical Samples”, in L. Atkinson et K.J. Zucker *op. cit.*: 171-195.

**Golombok (S.), Blake (L.), Casey (P.), Roman (G.) et Jadva (V.),** “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, n° 54(6): 653-660.

**Golombok (S.), Murray (C.), Jadva (V.), MacCallum (F.) et Lycett (E.),** “Families created through surrogacy arrangements: parent-child relationships in the 1st year of life”, *Developmental Psychology*, 2004, n° 40(3): 400-411.

Golombok (S.), MacCallum (F.), Murray (C.), Lycett (E.), Jadva (V.), “Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children’s psychological development at age 2”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2006, n° 47(2):213–222.

**Golombok (S), C. Murray, V. Jadva, E. Lycett, F. MacCallum, J. Rust,** “Non-genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3”, *Human Reproduction*, 2006, n° 21(7):1918–1924.

**Golombok (S), J. Readings, L. Blake, P. Casey, C. Murray, A. Marks et V. Jadva,** “Families created through surrogacy arrangements: mother-child relationship and psychological adjustment at age 7”, *Developmental Psychology*, 2011.

**Golombok (S), J. Readings, L. Blake, P. Casey, L. Mellish, A. Marks, V. Java,** “Children conceived by gamete donation: psychological adjustment and mother-child relationships at age 7”, *Fam Psychol*, 2011, n° 25(2):230-239.

**Gottfredson (M.R.) et Hirshi (T.),** *General Theory of Crime*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1990.

**Graven (S.),** “Early neurosensory visual development of the fetus and newborn”, *Clin Perinatol.* 2004, n° 31(2)199-216.

**Gribble (K.D.),** “Mental health, attachment and breastfeeding: implications for adopted children and their mothers”, *Int. Breastfeed. Journal*, 2006, n° 1, 5.

**Hanafin (H.),** *Surrogate mothers: an exploratory study*, Thèse de Doctorat, California School of Professional Psychology, Los Angeles, 1984.

**Harrison (L.),** “I am the baby’s real mother”: Reproductive tourism, race and the transnational construction of kinship”, *Women Studies International Forum*, 2014, n° 47: 145-156.

**Hausfater (G.) et Blaffer Hrdy (S.),** *Infanticide: Comparative and Evolutionary Perspectives*, Aldine Transaction, 2008.

**Herzog-Evans (M.),**

- “Primal Health”, in M. Herzog-Evans (dir.), *Transnational Criminology Manual*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, Tome I: 355-370.

- Mothers and babies in French prisons: cultural and legal variables, in G. Eljdupovic et R. Jaremko-Bromwich (dir.) *Incarcerated Mothers: Oppression and Resistance*, Demeter, Bradford, ON, 2013, pp. 70-80.

**Hirschman (E.C.),** “Babies for Sale: Market Ethics and the New Reproductive Technologies”, *The Journal of Consumer Affairs*, 1991, n° 25(2): 358-390.

**Hoffman (M. L.),** *Empathy and Moral development*, Cambridge University Press, 2001.

**Ikemoto (L.C.),** “Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services”, *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2009, n° 27(2), 277-309.

**Insel (T.R.),** « Toward a Neurobiology of Attachment », *Review of General Psychology*, 2000, n° 8074(2) 176-185.

**Jadva (V.) et Imrie (S.),** “The significance of relatedness for surrogates and their families”, in T. Freman, S. Graham, F. Edtejah et M. Richards (dir.), *Relatedness in Assisted Reproduction. Families, Origins and Identities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014: 162-177, spe. p. 169.

**Kim (P.), Feldman (R.), Mayes (L.C), Eicher (V.), Thompson (N.), Leckman (J.F.), Swain (J.E),** “Breastfeeding, brain activation to own infant cry, and maternal sensitivity”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2011, n° 52(8): 907-915.

**Klaus (M.H.), Kennell (J.H.),** “Mothers separated from their newborn infants”, *Pediatric Clinics of North America.* 1970, n°17(4):1015-1037.

**Kraemer (G.W.),** “Psychology of Early Social Attachment in Rhesus Monkeys”, *Annals New York Academy of Science*, 1997, n° 807, 401-418.

**Latimer (K.), P. Wilson, J. Kemp, L. Thompson, F. Sim, C. Gillberg, C. Puckering et H. Minnis,** “Disruptive behaviour disorders: a systematic review of environmental antenatal and early years risk factors”, *Child: Care, Health and Development*, 2012, n° 38: 611-628

**Lindgren (K.),** “Relationships among maternal-fetal attachment, prenatal depression, and health practices in pregnancy”, *Research in Nursing & Health*, 2001n° 4: 203–217.

**Lumley (J.M.),** “Attitudes to the fetus among primigravidae”, *Australian Pediatric Journal*, 1982, n° 18:106–109.

**Majumdar (A.),**

- “The Rhetoric of the Womb. The Representation of Surrogacy in India’s Popular Mass Media”, in S. DasGupta & S. Das Dasgupta (dir.), *Globalization and Transnational Surrogacy in India*, Plymouth, UK, Lexington Books, 2014: 107-123.

- “Nurturing an Alien Pregnancy: Surrogate Mothers, Intended Parents and Disembodied Relationships”, *Indian Journal of Gender Studies*, 2014, n° 21(2): 199-224.

- “The Rhetoric of Choice. The Feminist Debates on Reproductive Choice in the Commercial Surrogacy Arrangement in India”, *Gender Technology and Development*, 2014, n° 18(2): 275: 2301

**Mäki (P.), Veijola (J.), Joukamaa (M.), Läär (E.), Hakko (H.), Jones (P.B.), Isohanni (M.),** “Maternal separation at birth and schizophrenia – a long-term follow-up of the Finnish Christmas Seal Home Children”, *Schizophrenia Research*, 2003, n° 60: 13-19.

**Maniglio (R.),** “The Role of Parent-Child Bonding, Attachment, and Interpersonal Problems in the Development of Deviant Sexual Fantasies in Sexual Offenders”, *Trauma, Violence & Abuse*, 2012, n° 13(2): 83-96.

**Marshall (L.E.),** “The origins of sexual offending”, *Trauma, Violence & Abuse*, 2000, n° 1(3): 250-263.

**Marshall (W.L.), G.A.Serran et F.A. Cortoni,** “Childhood Attachments, Sexual Abuse, and Their Relationship to Adult Coping in Child Molesters”, *Sexual Abuse: A journal of Research and Treatment*, 2000, n° 12(1): 17-26.

**Marquardt (E.), Glenn (N.D.), Clark (K.),** *My Daddy’s name is Donor. A new Study on Young Adults Conceived through Sperm Donation*, Institute for American Values, 2010.

**McKinsey Crittenden (P.),** “Patterns of attachment and sexual behaviour: Risk of Dysfunction versus opportunity for Creative Integration”, in L. Atkinson. et K.J. Zucker (dir.) (1997), *Attachment and Psychopathology*, the Guilford Press: 47-93.

**Mehler (K.), Wendrich (D.), Kissgen (R.), Roth (B.) , Oberthuer (A.), Pillekamp (F.), Kribs (A.),** “Mothers seeing their VLBW infants within 3 h after birth are more likely to establish a secure attachment behavior: evidence of a sensitive period with preterm infants?”, *J. Perinatol.* 2011, n° 31: 404–410.

**Mercer (R.T.) et Ferketich (S. L.),** “Predictors of maternal role competence by risk status”, *Nursing Research*, 1994, n° 43:38–43

**Meyer (J.S.), Novak (M.A.), Bowman (R.E.) et Harlow (H.F.),** Behavioral and Hormonal Effects of Attachment Object Separation in Surrogate-Peer-Reared and Mother-Reared infant Rhesus Monkeys, *Developmental Psychobiology*, 1975, n° 8(5): 425-435.

**Morizot (J.) et Kazemian (L.)** (dir.), *The Development of Criminal and Antisocial Behavior; Theory, Research, and Practical Implications*, Springer, 2015.

**Nandy (A.),** “Natural mother = real mother? Choice and agency among un/natural ‘mothers’ in India”, *Women’s Women Studies International Forum*, 2014, Online first [doi:10.1016/j.wsif.2014.10.021](https://doi.org/10.1016/j.wsif.2014.10.021)

**Nafee (T.M.), Farrell (W.E.), Carroll (W.D.), Fryer (A.A.) et Ismail (K.M.K.),** “Epigenetic control of fetal gene expression”, *BJOG An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 2007, n° 115:158–168.

**NICHD Early Child Care Research Network,** “Child care and mother-child interaction in the first 3 years of life”, *Dev. Psychol.* 1999, n° 35: 1399–1413

**Ochoa Ruiz (N.)** *Las Micronaciones y el Erecho internacional* in *El estado en la encrucijada: retos y desafíos en la Sociedad internacional del Siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi.

**O’Connor (T.G.),** “Attachment Disturbances Associated with Early Severe Deprivation”, in C.S. Carter et alii, *op. cit.*: 257-267.

**Odent (M.),** *The Scientification of Love*, Revised ed. 2001 (en français : *L’Amour Scientifié*, éd. Jouvence, 2001.

**Olds (D.), Henderson (C.R.), Chamberlin (R.), et Talelbaum (R.),** “Preventing child abuse and neglect: a randomized trial of nurse home visitation”, *Pediatrics*, 1986, n° 78, 65–78.

**Olds (D), C.R. Henderson Jr, R. Cole, Eckenrode, H. Kitzman, D. Luckey, L. Pettitt, K. Sidora, P. Morris, J. Powers,** Long-term effects of nurse home visitation on children’s criminal and antisocial behavior: fifteen-year follow-up of a randomized controlled trial, *J. Am. Med. Assoc.*, 1998, n° 280(14): 1238–1244.

**Pande (A.),**

- “Not an ‘Angel’, not a ‘Whore’: Surrogates as ‘Dirty’ Workers in India”, *Indian Journal of Gender Studies*, 2009, n° 16(2): 141-173.

- “It May Be Her Eggs, But It’s My Blood”: Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India’, *Qualitative Sociology*, 2009, n° 32: 379-397.

- “At least I am Not Sleeping with Anyone”: Resisting the Stigma of Commercial Surrogacy in India”, *Feminist Studies*, 2010, n° 36(2): 292-312.

- “Commercial surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker”, *Journal of Women in Culture and Society*, 2010, n° 35(41): 969-992.

- *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press, 2014.

**Parker (P.J.),** “Motivation of surrogate mothers: Initial findings”, *American Journal of Psychiatry*, 1983, n°140:117–119.

**Parkinson (J.), Tran (C.), Tan (T.), Nelson (J.), Batofin (J.), Serafini (P.),** “Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy”, *Hum. Reprod.*, 1999, n° 14: 671-676.

**Pedersen (C.A.),** “Oxytocin Control of Maternal Behavior: Regulation by Sex Steroids and Offspring Stimuli”, in C.S. Carter, I.I. Lederhendler, et B. Kirkpatrick (dir.), *The Integrative Neurobiology of Affiliation*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1999: 301-320.

**Pelzman (J.),** “Womb for Rent”: International Service Trade Employing Assisted Reproduction Technologies (ARTs)”, *Review of International Economics*, 2013, n° 21(3) 387-400, spéc., p. 389.

**Phil (R.),** *Attachment and Sexual Offending*, John Wiley and Sons, 2006.

**Phillips (R.),** “The Sacred Hour: Uninterrupted Skin-to-Skin Contact Immediately After Birth”, *Newborn & Infant Nursing Reviews*, 2013, n° 13: 67-72.

**Pfäfflin (F.) et Adshead G. (dir.),** *A Matter of Security: the Application of Attachment Theory to Forensic Psychiatry and Psychotherapy*, Jessica Kingsley, 2004.



**Porter (R.H.), Winberg (J.), Varendi (H.), Hopkins (B.), Johnson (S.P.),** “Prenatal development of postnatal functions”, in R. Porter, J. Winberg et H. Varendi (dir.), *Prenatal Preparation for Early Postnatal Olfactory Learning*, Westport, CT: Praeger Publishers/Greenwood Publishing Group, Inc, 2005: 103–129.

**Raine (A.), Lencz (T.), Bihrlé (S.), LaCasse (L.) et Colletti (P.),** “Reduced prefrontal gray matter volume and reduced autonomic activity in antisocial personality disorder”, *Archives of General Psychiatry*, 2000, n° 57: 119-127.

**Ragoné (H.),** *Surrogate Motherhood. Conception in the Heart*, Boulder, Col, Westview Press, 1994, spe. p. 131.

**Reading (A.E.), Cox (D.N.), Sledmere (C.M.) et Campbell (S.),** “Psychological changes over the course of pregnancy: A study of attitudes toward the fetus/neonate”, *Health Psychology*, 1984, n° 3:211–221.

**Reame (N.E.),** “The Surrogate Mother as a High-Risk Obstetric Patient”, *Women’s Health Issues*, 1991, n° 1(3): 151-154.

**Reame (N.) et Parker (J.),** “Surrogate parenting: clinical features in 44 cases”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 1990, n° 13(1): 1220-1225.

**Reite (M.) et Capitano (J.P.),** “On the nature of social separation and social attachment”, in M. Reite et T. Field (dir.), *Psychobiology of Attachment and Separation*, New York, Academic, 1985: 223-258.

**Resnick (R.),** Surrogate mother relationship early attachment and child relinquishment, Thèse de Doctorat, Fielding Institute, Santa Barbara, California, 1989.

**Roberts (D.),** *Killing the Black Body: Race, Reproduction, and the Meaning of Liberty*. Pantheon Books: New York, 1997.

**Sama Resource Group for Women and Health,** *Unraveling the fertility industry: challenges and strategies for movement building*. New Delhi: International Consultation on Commercial, Economic, and Ethical Aspects of Assisted Reproductive Technologies, 2010.

**Shelton (K.H.), Boivin (J.), Hay (D.), Van den Bree (M.B.M.), Rice (F.J.), Harold (G.T.), et Thapar (A.),** Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies, *International Journal of Behavioral Development*, 2009, n° 33: 385-392.

**Schenkel Lorrenceau (E.), Mazzucca (L.), Tisseron (S.) et Pizits (E.D.),** “A cross-cultural study on surrogate mother’s empathy and maternal-foatal attachment”, *Medical Anthropology Quarterly*, 2014, n° 17(1): 78-89

**Schweinhart (L.), Montie (J.), Xiang (Z.), Barnett (W.S.), Belfield (C.R.), et Nores (M.),** *Lifetime effects: the High/Scope Perry Preschool study through age 40*, Ypsilanti, MI: High/Scope Press, 2005.

**Siddiqui (A.) et Hägglöf (B.),** « Does maternal prenatal attachment predict postnatal mother-infant interaction », *Early Human Development*, 2000, n° 59: 13-25.

**Shiva (M.), Frotan (M.), Arabipoor (A.) et Mirzaaga (E.),** “A Successful Induction of lactation in Surrogate Pregnancy with Metoclopramide and Review of Lactation Induction”, *International Journal of Fertility and Sterility*, 2009, n° 3(4): 191-194.

**Smallbone (S.W.) et Dadds (M.R.),** “Further Evidence for a Relationship Between Attachment Insecurity and Coercive Sexual Behavior in Nonoffenders”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2001, n° 16(1): 22-35.

**Smallbone (S.W.) et Dadds (M.R.),** “Childhood attachment and adult attachment in incarcerated adult male sex offenders”, *Journal of Interpersonal Violence*, 1998, n° 13(5): 555-573

**Strathearn (L.), Mamun (A.A.), Najman (J.M.), et O’Callaghan (M.J.)** “Does breastfeeding protect against substantiated child abuse and neglect?” A 15- year cohort study”, *Pediatrics*, 2009, n° 123: 483–493.

**Swain (J.E.), Tasgin (E.), Mayes (L.C.) R. Feldman, Constable (R.T.) et Leckman (J.F.),** « Maternal brain response to own baby-cry is affected by cesarean section delivery”, *J. Child Psychol. Psychiatry*, 2008, n° 49: 1042-1052.

**Teman (E.),** “The Medicalization of “Nature” in the “Artificial Body”: Surrogate Motherhood in Israel”, *Medical Anthropology Quarterly*, 2003, n° 17(1): 78-89 et son ouvrage: E. Teman, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, Berkeley, University of California Press, 2010.

**Thearle (M.J.) et Weissenberger (R.),** “Induced lactation in adoptive mothers”, *Aust NZ J Obstet Gynaecol.*; 1984, n° 24: 283-286.

**Thomale (C.),** *Eine international-privatrechtliche Kritik*, Mohr Siebeck, 2015.

**Tobbin (J.)** To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *ICLQ* 2014, 63 (2), p. 317 et s.

**Torgerson (D.J.) et Torgeson (C.J.),** *Designing Randomised Trials in Health, Education and the Social Sciences. An Introduction*, Palgrave, 2008.

**Tremblay (R.E.),** Understanding development and prevention of chronic physical aggression: towards experimental epigenic studies, *Philosophical Transaction of the Royal Society*, 2004, n° 3663: 2613-2622.

**Tyano (S.) et Keren (M.),** “The competent fetus”, in S. Tyano, M. Keren, H. Herrman et J. Cox J. (dir.), *Parenthood and Mental Health. A bridge between infant and adult psychiatry*, Wiley-Blackwell, 2010: 23-30.

**Van den Akker (O.B.A.),** “Surrogate mothers”, in S. Tyano, M. Keren, H. Herrman et J. Cox (dir.), *Parenthood and Mental Health. A bridge between infant and adult psychiatry*, Wiley-Blackwell, 2010: 37-49.

**Van den Akker (O.B.A.),** « Psychosocial aspects of surrogate motherhood”, *Human reproduction*, 2006, n° 13(1): 53-62.

**Van Ditzhuijzen (J.), M. ten Have, R. de Graaf, C.H.J. van Nijnatten, W.A.M. Vollebergh,** “Psychiatric history of women who have had an abortion”, *Journal of Psychiatric Research*, 2013, n° 47: 1737-1743

**Van Ijzendoorn (M.H.) & Bakermans-Kranenburg (M.J.),** “Intergenerational Transmission of Attachment: A Move to the Contextual Level”, in L. Atkinson et K.J. Zucker *op. cit.*:135-170.

**Vora (K.),** “Potential, risk and return in transnational Indian gestational surrogacy”, *Current Anthropology*, 2013, n° 54(7), S97–S106

**Ward (T.), Polaschnek (D.L.L.), Beech (A.R.),** *Theories of sexual offending*, Wiley Series in Forensic clinical psychology, 2006, spe. Chap. 12, pp. 181-196; W.L. Marshall.

**Weinfield (N.S.), Sroufe (L.A.), Egeland (B.) et Carlson (E.),** “Individual Differences in Infant-Caregiver Attachment. Conceptual and Empirical Aspects of Security”, In J. Cassidy et P.R. Shaver, *op. cit.*: 78-101

**Werner (E.),** *Overcoming the Odds- High Risk children from Birth to Adulthood*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1992.

**Wittig (S.L.), Spatz (D.L.),** “Induced lactation: gaining a better understanding”, *MCN Am J Matern Child Nurs.*, 2008, n° 33(2):76-81;

**Whitaker (D.J.), Le (B.), Hanson (R.K.), Baker (C.K.), McMahon (P.M.), Ryan (G.) et Klein (A.),** “Risk factors for the perpetration of child sexual abuse: a Review and meta-analysis”, *Child Abuse and Neglect*, 2008, n° 32(5): 529-548.

**White (M.A), Wilson (C.L.), Elander (G.) et Persson (B.),** “The Swedish family: Transition to parenthood”, *Journal of Advanced Nursing*, 1999, n° 13:171–176.

**Wilson (C.L.), Rholes (W.S.), Simpson (J.A.) et S. & Tran,** “Labor, Delivery, and Early Parenthood: An Attachment Theory Perspective”, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2007, n° 33(4): 505-518.

# ANNEXES

## SOMMAIRE DES ANNEXES

### **Annexe n°1 : Tableaux de mise en perspective des situations de « droit à l'enfant » au regard des pratiques de gestation pour le compte d'autrui**

Tableau 1 : GPA avec implications sur le territoire français ;

Tableau 2 : GPA pratiques à l'étranger sans implications sur le territoire français autres que la demande de papiers de voyage ou de transcription.

### **Annexe n°2 : Tableaux de synthèse de droit comparé**

Tableau relatif aux dispositions relatives à l'AMP et à la gestation pour le compte d'autrui ;

Tableau des dispositions relatives à l'AMP et à la gestation pour le compte d'autrui, suite ;

Tableau des dispositions relatives à l'adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe ;

Tableau relatif à l'adoption de l'enfant par les couples de personnes de même sexe, suite

Tableau des informations complémentaires.

### **Annexe n°3 : Questionnaires intermédiaires de droit comparé<sup>1855</sup>**

Questionnaire complémentaire pour l'Espagne

Questionnaire complémentaire pour le Royaume-Uni

Questionnaire complémentaire pour le Luxembourg

Questionnaire complémentaire pour la Belgique

Questionnaire complémentaire pour le Portugal

Questionnaire complémentaire pour la Suisse

Questionnaire complémentaire pour le Brésil

Circulaire de l'Inspecteur national de Justice n° 52 du 15 mars 2016

### **Annexe n°4 : Questionnaire n° 3 sur le contexte politico-culturel dans lequel ont été réalisées les réformes dont les dispositions ont été analysées dans la synthèse de droit comparé.**

---

<sup>1855</sup> Pour les premiers questionnaires, v. le rapport intermédiaire.

**Annexe n°1 - Tableaux : mise en perspective des situations de « droit à l'enfant » au regard des pratiques de gestation par personne interposée**

**Tableau n° 1 : GPA avec implications sur le territoire français**

**Tableau n° 2 : GPA pratiquées à l'étranger sans implications sur le territoire français autres que la demande de papiers de voyage ou de transcription**

Tableau 1 Nom de l'affaire	Identité de la MP	Identité de la / des personne(s) poursuivie(s)	Faits	Aspects financiers	Jument	Commentaires personnels.
Affaire africaine	<p>X (Honorine), nièce de la prévenue.</p> <p>Elle est déjà mère de famille.</p>	<p>Y, de nationalité française, née le 10 septembre 1995 au TOGO.</p> <p>55 ans au moment des faits.</p> <p>Elle est la tante de X.</p> <p>Séparée de corps.</p> <p>Assistante socio-éducative.</p> <p>Selon elle, X connaissait les raisons de sa venue en France. Elle avait d'ailleurs été « élue » par le mari de Y, son oncle. Elle accuse donc la jeune femme d'avoir manipulé tout le monde et d'avoir œuvré pour obtenir une situation régulière en France.</p>	<p>En 2006, X qui vivait en Afrique vient en France sur la demande de Y.</p> <p>A son arrivée en France, la jeune femme est enceinte de 8 jours. Sur les conseils de Y, X subit une IVG à Amsterdam.</p> <p>Juste après l'avortement, Y annonce à X qu'elle veut lui louer son utérus, ce que cette dernière refuse. Elle veut alors rentrer en Afrique mais Y lui confisque ses papiers.</p> <p>25 janvier 2010, X, accompagnée de Y, se rend chez un médecin qui lui introduit une seringue dans le vagin sans l'informer de la raison. (Plusieurs tentatives infructueuses ont eu lieu entre 2008 et 2010.)</p> <p>1 mois plus tard, elle apprend être enceinte. Elle attribue cette grossesse à la relation qu'elle entretient avec son ami.</p> <p>7 octobre 2010 : plainte de la MP pour des faits d'enlèvement et de séquestration.</p> <p>25 octobre 2010 : accompagnée d'un homme de type africain, X est amenée à Bruxelles pour accoucher par césarienne. Y, présente également,</p>	<p>Y offre un voyage à la Mecque à la mère de X pour la remercier.</p> <p>Entretien de X et prise en charge de la grossesse par Y.</p> <p>10.000€ devaient également être versés à la famille de X en remerciement de la GPA.</p>	<p>Délit jugé par le TGI de Nanterre le 7 avril 2014.</p> <p>Le délit de « provocation par don, promesse, menace ou abus d'autorité à l'abandon d'enfant né ou à naître » est constitué : condamnation à une peine d'emprisonnement de 4 mois avec sursis.</p> <p>Pas de mention au bulletin n° 2 du casier judiciaire.</p> <p>Aspects civils : 2.000 € de dommages et intérêts + 800 € au titre de l'article 475-1 du Cp.</p>	<p>Même en famille il peut y avoir des dérives.</p> <p>Quid de la responsabilité médecin ?</p>

			<p>lui précise qu'elle veut le bébé.</p> <p>Suite à cet évènement, X a pu s'enfuir et regagner Montrouge.</p>			
Affaire bulgare	Une jeune femme bulgare vivant à Chypre.	<p>Deux hommes en couple depuis de longues années et récemment mariés.</p> <p>La quarantaine tous les deux.</p>	<p>Souhaitant fonder une famille, le couple contacte une agence à Chypre qui propose de recourir à une MP.</p> <p>Une convention rémunérée est passée ente le couple commanditaire, l'agence et la MP de nationalité bulgare.</p> <p>Il semble que la maternité biologique de la MP ne soit pas établie.</p> <p>La jeune femme est accueillie en Gironde au cours des deux derniers mois de sa grossesse avec son compagnon et leur enfant.</p> <p>L'accouchement a lieu en France. La petite fille porte le nom de l'un des deux hommes.</p>	<p>La contrainte matérielle est constituée à l'égard de la MP qui était dans une situation précaire dans son pays :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la convention est à TO.</li> <li>- mais pas de chiffres précis.</li> </ul>	<p>Condamnation par le TGI de Bordeaux le 1<sup>er</sup> juillet 2015 : le délit de « <i>provocation par don, promesse, menace ou abus d'autorité à l'abandon d'enfant né ou à naître</i> » est constitué.</p> <p>Le couple commanditaire contestent le terme de « <i>provocation à l'abandon</i> » mais, selon les propos de la présidente du TC, « <i>ce sont bien les termes du contrat</i> » + exploitation de la MP dans une situation de misère.</p> <p>7.500 € d'amende avec sursis.</p>	
Affaire rom	Des femmes roms.	Des couples en mal d'enfants au sein de la communauté des gens du voyage, qui ne sont pas « <i>commanditaires</i> » au sens strict du terme.	<p>En 2013, des frères et maris de femmes roms enceintes démarchent des couples au sein de la communauté des gens du voyage entre Marseille et Ajaccio.</p> <p>4 enfants, au moins, ont fait l'objet d'une transaction mais deux d'entre elles n'ont pu aboutir (désistement de la</p>	7.000 à 8.000 € par nourrisson +, dans un cas, une vieille BMW.	<p>TC Marseille, 8 avril 2015.</p> <p><b>Quatre prévenus, vendeurs ou intermédiaires, ont été condamnés</b> pour traite d'êtres humains à des peines allant de dix-huit mois à cinq ans d'emprisonnement ferme ainsi qu'à une interdiction de territoire français de cinq à dix ans.</p>	Pas une affaire de GPA au sens strict mais montre les dérives possibles du trafic d'enfant.

			mère + intervention des services de police).		Les couples acheteurs ont été condamnés à deux ans de prison avec sursis pour provocation à l'abandon d'un enfant.	
--	--	--	--	--	--	--



Tableau 2 Nom de l'affaire / procédure	Lieu d'exécution	Enfant(s) concernés	Mère porteuse	Parent(s) d'intention	Documents	Aspects financiers.	Commentaires personnels
BOUVET  Civ. 1, 13 septembre 2013 ; Pourvoi n° 12-30.138 + C.A. Rennes, 21 février 2012 ; Affaire n° 434, 11/02758 + CA Rennes – 28 juin 2011 – n° 11/02759.  L'affaire est portée devant la C.E.D.H.	Inde (Mumbaï).  Art. 6 de la loi indienne : l'enfant né hors mariage est placé sous la responsabilité de la mère jusqu'à ses 5 ans.	Romain et Adrien, nés le 26 avril 2010.  Insémination artificielle (gamètes du P.I.).  Naissance par césarienne.	Pushpa KHARAT, 26 ans au moment des faits  Sans profession.	Philippe BOUVET, 45 ans au moment des faits.  Il est pacsé avec un homme ayant déjà employé la filière indienne pour obtenir des jumeaux.	1) Déclaration d'abandon de la MP (transfert volontaire de la garde complète des enfants effectué devant notaire)  2) Reconnaissance prénatale de paternité  3) La filiation établie dans l'acte de naissance des enfants est conforme à la vérité biologique (cf. T.G.I. NANTES, 17 mars 2011)	50.000 € au titre d'un préjudice moral + 20.639 au titre d'un préjudice matériel demandés par M. BOUVET à la France devant la CEDH.  18.000 € de frais d'honoraires d'avocat.	La situation d'extrême pauvreté de la MP semble évidente.  Contradiction entre la loi indienne et l'acte notarié par lequel la MP renonce à tous ses droits sur les enfants.  L'intérêt de l'enfant passe après celui du PI puisqu'il va être privé de tout lien avec sa mère (contrairement à ce que préconise la loi indienne + la plupart des textes internationaux).  Pas de mère pour les enfants.  <i>Quid de l'aspect altruiste...</i>
FOULON  Civ. 1, 13 septembre 2013 ; Pourvoi n° 12-18.315 + C.A. Rennes, 10 janvier 2012 ; Affaire n° 131, 11/01846.  L'affaire est portée devant la C.E.D.H.	Inde (Mumbaï).  Même texte applicable.	Emilie, née le 31 juillet 2009.  Insémination artificielle (gamètes du P.I.).  Naissance par césarienne.	Minakshi SHIRODKAR, 29 ans au moment des faits.  Elle est ouvrière, gagne 3.500 roupies / mois (46 euros). Elle vit chez ses parents qui ne travaillent plus et qui hébergent également un frère, sa femme et leur enfant.  Maternité biologique établie.	Didier FOULON, 38 ans au moment des faits.  Paternité biologique établie.  Profession : architecte.	Déclaration de la MP devant notaire : elle accepte que l'enfant porte la nationalité française + demande de visa permettant à la fillette de partir en France.	Prise en charge des frais financiers de la grossesse par le PI (dont un montant de 60.000 roupies soient 798 €) + 100.000 roupies (1.331 €) pour le « meilleur confort » de la mère.  20.000 € au titre d'un préjudice moral demandés par M. FOULON à la France devant la CEDH.  18.000 € de frais d'honoraires d'avocat.	La situation d'extrême pauvreté de la MP est avérée = exploitation de la situation ?  Mêmes remarques que pour l'affaire BOUVET.  Les frais de la G.P.A. semblent peu élevés au regard des pratiques connues de la G.P.A..
LABORIE  C.A. Rennes, 8 janvier 2013 ; Affaire n° 30, 12/01538.  Pas de pourvoi devant la C.C. : cette voie de recours est apparue inutile, inefficace et ineffective.  L'affaire est portée devant la C.E.D.H.	Ukraine (Kharkiv).	Matéo et Manon, nés le 30 novembre 2010.  FIV avec don d'ovocyte. Gamète du P.I.	Elena TARANOVA,	Fabrice (consultant informatique ?) et Karine LABORIE, respectivement 38 et 41 ans au moment des faits.	L'acte de naissance des enfants n'est pas conforme à la réalité : il indique Mme LABORIE comme la mère des enfants alors qu'elle n'est que la M.I.  Arrêt C.A. : « <i>le refus de transcription ne prive pas les enfants de leur filiation, reconnue par le droit ukrainien, et ne porte pas atteinte, en conséquence, à l'intérêt des enfants et, notamment, à leur droit de vivre avec leurs parents</i> ».	2.300 uah (94 €) « pour le loyer de l'appartement ».  17.940 € au titre d'un préjudice moral demandés par le couple LABORIE à la France devant la CEDH.  18.000 € de frais d'honoraires d'avocat.	Âge avancé des parents (et en particulier de la mère).
PARADISO  C.E.D.H., 27 janvier 2015.	Russie.  La convention est signée	Teodoro, né le 27 février 2011.  FIV avec double don de	La MP donne son consentement écrit pour que l'enfant soit	Campanelli et Donatina PARADISO, respectivement 44	L'acte de naissance désigne les PI comme étant les parents de l'enfant.	30.000 € (20.000 au titre du dommage moral et 10.000 au titre des frais et dépens).	L'avocat du couple devant la C.E.D.H. (Me K. SVITNEV, qui va recevoir tout ou partie des 10.000 euros

	avec la société « <i>Rosjurconsulting</i> ».	gamètes (pratique interdite en Italie)	enregistré comme fils des requérants. « <i>Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon (...). Les parents de l'enfant sont un couple marié d'italiens, (...) qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus. (...)</i> »	et 56 ans au moment des faits. L'infertilité de la MI est avérée. Aucun des deux parents n'est parent biologique de l'enfant.	Des tests génétiques montrent l'absence de lien biologique entre le PI et l'enfant.		de frais et dépens octroyés par la C.E.D.H.) n'est autre que le gérant de l'entreprise moscovite de G.P.A. « <i>Rosjurconsulting</i> » qui a vendu l'enfant.
SIMONET	Inde (Mumbair).	Auxane et Mathis, nés le 12 mai 2011.		David SIMONET,	1) Une attestation mensongère relative à l'identité de la mère.  2) Une déclaration de renonciation des droits maternels et d'autorisation de ramener les enfants en France.		Id. autres affaires indiennes.
MENNESSON	Etats-Unis (Californie)	Valentina et Fiorella nées le 25 octobre 2000.  FIV : gamètes du P.I. + don d'ovocyte. d'une amie du couple.	Mary, une jeune Californienne déjà mère de 4 enfants.	Sylvie née PITTARO (énaarque) et Dominique (ingénieur automobile) MENNESSON. Ils sont respectivement âgés de 50 et 51 ans au moment des faits.  Niveau de vie très satisfaisant.  Infertilité avérée de Sylvie (absence d'utérus).	Conformément à la loi californienne, l'acte de naissance des enfants désigne les P.I. comme les parents légaux.	La M.P. est rétribuée à hauteur de 12.000 dollars (8.500 € environ).  Condamnation européenne : 5.000 € pour chaque enfant ; 15.000 € pour les P.I. (frais et dépens).	Les difficultés visées par la C.E.D.H. (flou juridique sur la situation des enfants ayant pour conséquences une incertitude sur la nationalité / V.S.) ont depuis été résolues. Arrêt C.C. : « <i>qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (...)</i> »
LABASSEE	États-Unis (Minnesota)	Juliette née le 27 octobre 2001.  FIV : gamètes du P.I. + don d'ovocyte (anonyme).	B., déjà mariée. Ressortissante américaine.	Francis et Monique LABASSEE. Ils sont respectivement âgés de 35 et 45 ans au moment des faits.	L'acte de naissance de l'enfant dressé le 1 <sup>er</sup> novembre 2001 désigne les P.I. comme les parents de l'enfant.	Une convention à TO a été conclue avec  <i>l'International Fertility Center for Surrogacy.</i>	<i>Idem.</i> affaire MENNESSON.  Arrêt C.C. : « <i>Une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit</i>

C.A. Douai, 14 septembre 2009 ; Affaire n° 07/02201. C.E.D.H., 26 juin 2014.				Infertilité de l'épouse avéré.	Acte de renonciation de la M.P. et de son époux à tous leurs droits parentaux.	Condamnation européenne : 5.000 € pour l'enfant ; 4.000 € pour les P.I. (frais et dépenses).	<i>de l'Etat du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. »</i>
AJZNER  Civ. 1, 6 avril 2011 ; Pourvoi n° 09-66.486.  Pas de saisine de la C.E.D.H..	États-Unis (Minnesota).  Auparavant : contact du couple commanditaire avec l'Hôpital Markham Fertility Center à TORONTO au Canada où des embryons ont pu être conçus puis proposition de recourir à une M.P..	Garçon (Z.) né le 30 mai 2001.  FIV : embryon issu des gamètes des P.I..	Ressortissante américaine.	M. et Mme AJZNER.  Preuve médicale des graves problèmes de stérilité du couple + impossibilité de la M.I. de porter un enfant à terme.	1) L'acte de naissance établit que l'enfant est issu du P.I. + M.P..  2) Une renonciation de la M.P. à ses droits parentaux sur l'enfant.  3) Cette renonciation permet l'adoption de l'enfant par le couple : elle est prononcée par un tribunal du Minnesota.	Pas de précision mais la G.P.A. coûte en moyenne 60.000 à 90.000 € aux E.U. dont 20 à 25.000 pour la M.P..	Motivation C.C. identique à l'arrêt LABASSEE du même jour.
Civ. 1, 19 mars 2014 ; Pourvoi n° 13-50.005.	Inde (Mumbai)	Cylian né le 2 juin 2010.  Insémination artificielle (gamètes du P.I.).	Jeune femme indienne prénomée Sneha.	Ressortissant français prénomé Alexandre.	L'acte de naissance désigne la MP et le PI comme étant les parents de l'enfant. Il est conforme à la vérité biologique.  Reconnaissance prénatale du père.	Pas de précision mais la G.P.A. coûte en moyenne 15.000 à 20.000 € en Inde dont 3 à 5.000 max pour la M.P..	
BOREN  A.P., 3 juillet 2015 ; Pourvoi n° 14-21.323 + C.A. Rennes, 15 avril 2014 ; Affaire n° 293, 13/01047.	Russie (Moscou)	Kolia né le 27 août 2011.  Gamète du P.I. et ovule de la M.P..	Kristina, originaire du Kazakhstan. Elle est âgée de 23 ans au moment des faits. Elle est déjà mère d'une petite fille et souhaite prendre son indépendance vis-à-vis de ses parents.	Dominique BOREN, âgé de 47 ans au moment des faits, juriste.  Il est marié avec Jérôme GOUNOD, 44 ans au moment des faits, chef d'entreprise.	L'acte de naissance désigne le P.I. et la M.P. comme étant les parents de l'enfant.  Le 30.11.2011 ; attestation sur l'honneur du P.I. de ne pas avoir eu recours à une M.P.. (Preuve contraire rapportée par le Ministère public.)  Reconnaissance prénatale du père.  Contrat avec une agence de G.P.A..	Pas de précision mais la G.P.A. coûte en moyenne 50.000 € aux E.U. dont 12 à 15.000 max pour la M.P..	Bon niveau de vie du P.I. et de son époux.  Besoin d'argent de la M.P.. Selon le P.I, ses motivations sont principalement matérielles.  Avant cette G.P.A. moscovite, long et coûteux parcours aux E.U..  Le conjoint du P.I. à l'intention d'adopter l'enfant. (Contrairement au discours selon lequel le couple compte garder un lien juridique avec la M.P.).

							Les difficultés soulevées par la partie civile (problème de nationalité + vocation successorale de l'enfant) ont d'ores et déjà été réglées au moment où l'affaire passe devant l'A.P.
A.P., 3 juillet 2015 ; Pourvoi n° 15-50.002.	Russie (Moscou)	Lizie née le 30 mai 2011.  Gamète du P.I. et ovule de la M.P..	Lilia, jeune ressortissante russe.	Patrice G.	L'acte de naissance désigne le P.I. et la M.P. comme étant les parents de l'enfant.  Reconnaissance prénatale du père.  Contrat avec une agence de G.P.A..	<i>Id.</i> affaire BOREN	Les difficultés soulevées par la partie civile (problème de nationalité + vocation successorale de l'enfant) ont d'ores et déjà été réglées au moment où l'affaire passe devant l'A.P.
C.A. Rennes, 28 septembre 2015 ; Affaire n° 492, 14/07321  (Demande de nullité de l'acte de naissance étranger)	États-Unis, (Californie - WHITTIER)	Paul et Pierre nés le 4 novembre 2010.  Procréation par transfert d'embryon fabriqué à l'aide des gamètes du P.I. + don d'ovocyte.	Une jeune femme américaine mariée.	Jean-François P., 61 ans et Marie-Christine P., 52 ans au moment des faits.  Age très avancé des parents.	Décision de la Cour suprême de Californie à propos d'une « <i>paternity and maternity via gestational surrogacy</i> ».  Aucun suivi de grossesse de la M.I., pas de preuve de la nécessité d'accoucher aux E.U., pas de preuve de la paternité biologique.  L'acte de naissance substitue le nom de la M.I. à celui de la M.P..	Pas de précision particulière.	1 <sup>ère</sup> application de la jurisprudence de l'A.P. 3 juillet 2015 par les juridictions du fond. (Rejet transcription.)  La G.P.A. est reconnue par les requérants dans les écritures.  Irrégularité de l'acte de naissance car, en l'état actuel du droit positif, la mère est la femme qui a accouché, qu'elle ait ou non procréé. Or, l'acte de naissance mentionne la M.I. comme étant la mère des enfants.  CA : « <i>Les documents de grossesse ainsi que les certificats d'accouchement désignant celle-ci en qualité de mère sont des faux. Les actes d'état civil américains mentionnant des faits déclarés qui ne correspondent pas à la réalité ne sauraient par voie de conséquence, être transcrits sur les registres français.</i> »
C.A. Rennes, 28 septembre 2015 ; Affaire n° 491, 14/05537.	Inde (Bombay)	Estelle née le 28 janvier 2010.  FIV, l'embryon est fabriqué à l'aide du matériel		Regina (46 ans) et Pierre-Jean (38 ans).  La M.I. a subi une hystérectomie.	Un contrat légal de G.P.A. est conclu devant notaire en Inde.  L'acte de naissance indien	Pas de précision particulière.	1 <sup>ère</sup> application de la jurisprudence de l'A.P. 3 juillet 2015 par les juridictions du fond et 1 <sup>ère</sup> utilisation du critère biologique (« <i>l'intérêt supérieur</i> »

(Demande de nullité de l'acte de naissance étranger)		génétique des deux P.I.			substitue le nom de la M.I. à celui de la M.P. = vice.  Un faux certificat d'accouchement.  Conséquence : nullité de l'acte consulaire qui a été dressé sur la base de ces documents.		<i>de l'enfant + respect de sa vie privée (3 CIDE et 8 CEDH) ne peut être invoqué que si la filiation paternelle est conforme à la réalité biologique d'où la nécessité d'une expertise »)</i>  La G.P.A. est reconnue par les requérants dans les écritures.  Irrégularité de l'acte de naissance car, en l'état actuel du droit positif, la mère est la femme qui a accouché, qu'elle ait ou non procréé.
C.A. Paris, 26 février 2009 ; Affaire n° 07/18559.	États-Unis (Minnesota).  Auparavant : contact du couple commanditaire avec l'Hôpital Markham Fertility Center à TORONTO au Canada où des embryons ont pu être conçus puis proposition de recourir à une M.P..  Embryon conçu à l'aide des gamètes des P.I. implanté dans l'utérus de la M.P..	Ben né le 30 mai 2001.	Une jeune femme américaine. (Son identité est connue mais pas de précision dans l'arrêt.)	Clémence née L. et William A.  La mère a 47 ans au moment des faits.	Par jugement en date du 4 juin 2001, le tribunal du comté de BELTRAMI (Minnesota) a prononcé l'adoption de l'enfant né par G.P.A. en faveur des P.I., après avoir constaté son abandon par la M.P..		Age avancé de la M.I..  Même processus que dans l'affaire AJZNER (not .).
C.A. Paris, 17 mars 2011 ; Affaire n° 10/09648.	Inde (Bombay)	Baptiste et Lili nés le 29 mai 2009.  Insémination artificielle (gamètes du P.I.).	J.GAIKWAD, jeune femme indienne.	Frédéric G., 44 ans au moment des faits.  Il conclut un PACS Monsieur D. enregistré le 6 juin 2005.	1) Le 29 juin 2009, reconnaissance paternelle du P.I.  2) Les certificats de naissance des enfants établis les 9 et 10 juin 2009 ne mentionnent pas le nom de la mère. (Rectification le 18 septembre 2009.)  3) Déclaration devant notaire le 25 juin 2009 de la M.P. qui reconnaît être la mère des enfants et affirme ne pas s'opposer à ce qu'ils		Justification classique : s'agissant du désintérêt de la mère <b>pour</b> ses enfants, Monsieur G. affirme que s'étant trouvée enceinte, elle a voulu avorter et qu'il s'y était alors opposé, décidant de prendre en charge, seul, l'éducation des enfants.  Scepticisme du M.P. :  - Ils ne parlent pas de langue commune. - Méconnaissance l'un de l'autre. - Pas de relation affective durable. (Mais des attestations, notamment celle de l'employeur du P.I.)

					<p>acquièrent la nationalité française et à ce qu'ils vivent en France.</p> <p>4) Des tests génétiques confirment la maternité et la paternité biologique.</p>		<p>- Contexte particulier de l'émergence d'un tourisme procréatif. (Des filières organisées, les accouchements ont tous eu lieu dans le même hôpital, le Dr. L. H. L.H. Hiranandani Hospital de BOMBAY, les tests ADN ont été pratiqués dans le même laboratoire de CHICAGO.)</p> <p>Le M.P. ne parvient pas à démontrer la réalité de la G.P.A : impossibilité de s'opposer à la transcription de l'acte de naissance des enfants.</p>
<p>C.A. Paris, 17 mars 2011 ; Affaire n° 10/09648.</p>	<p>Etats-Unis (Californie)</p>	<p>Yuna et Yann nés le 25 avril 2006.</p>	<p>G.M., ressortissante américaine, mariée à Kevin M.</p>	<p>Robert S., 55 ans au moment des faits.</p> <p>Edwin L., 38 ans au moment des faits. Il est de nationalité américaine.</p>	<p>Par jugement en date du 16 mars 2006, la Cour Supérieure de l'Etat de Californie a déclaré Edwin et Robert comme étant les pères naturels des enfants.</p> <p>T.G.I. de Paris du 3 février 2010 en refuse l'exequatur en raison de la contrariété à l'ordre public français.</p> <p>Les certificats de naissance mentionnant Edwin et Robert comme les parents des enfants.</p>		<p>Jugement TGI confirmé.</p>
<p>CA Versailles, 15 octobre 2009 ; Affaire n° 08/07539.</p>	<p>États-Unis (Minnesota)</p>	<p>Mégane née le 22 décembre 2001.</p> <p>Embryon conçu grâce à un don anonyme d'ovocyte et les gamètes du P.I.</p>	<p>Mme S.. Elle est mariée.</p>	<p>Marianne C., 48 ans au moment des faits ; M. G., 44 ans, placé sous tutelle en 2007.</p> <p>Ils ont eu deux enfants atteints d'une maladie génétique grave et décédés peu après leur naissance. Une troisième grossesse n'était médicalement pas envisageable.</p>	<p>L'acte de naissance de l'enfant mentionne la M.P. et son époux comme étant les parents naturels de l'enfant.</p> <p>Par jugement du 3 janvier 2002, le tribunal du comté de Saint Louis a prononcé l'adoption plénière de l'enfant par les P.I..</p>		
<p>C.A. Rennes, 4 juillet 2002 ; Affaire n° 2001/02471.</p>	<p>Etats-Unis (Californie)</p> <p>Le couple a souscrit, sous l'égide du centre de fécondation</p>	<p>Julie et Sarah nées le 29 juillet 1996.</p> <p>FIV avec les gamètes des P.I. Embryons transférés dans</p>	<p>Madame Jeffrey A. et son mari.</p>	<p>Emmanuel G. et Isabelle D..</p> <p>La M.I. est atteinte d'une malformation congénitale qui la</p>	<p>L'acte de naissance mentionne les P.I. comme étant les parents.</p>	<p>Paiement de tous les frais médicaux + une rémunération de 18 000 \$ (outre 2 000 \$ si elle donne naissance à des jumeaux)</p>	

	californien <i>Woman to Woman</i> , un contrat de mère porteuse.	l'utérus de la M.P..		rend stérile (mais ovaires normaux).  Ils vivent maritalement depuis le mois de janvier 1993 à Courbevoie.	Acte de reconnaissance le 4 septembre 1996.  Transcription par le consulat général de France à San Francisco le 12 mai 1997.  Assignation le 25 juin 1997 par le PR de Nantes en nullité de la reconnaissance.	payable au moment de l'abandon physique du ou des enfants aux futurs parents.	
--	---	----------------------	--	--	--	---	--

## Annexe n°2 - Tableaux de synthèse : Droit comparé

**Tableau n°1 : Dispositions relatives à l'AMP et à la gestation par personne interposée :**

Etats	La maternité de substitution : état du droit interne	Ordre public : état du droit interne	Trafic d'enfant : état du droit interne	Intérêt supérieur de l'enfant : état du droit interne
<p><b>Allemagne</b></p>	<p>Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1991, date de l'entrée en vigueur de la loi relative à la protection des embryons (<i>Embryonenschutzgesetz</i>) , la GPA ou maternité de substitution, est explicitement interdite (§1, al.1 , n°7 <i>Embryonenschutzgesetz</i>). De même, l'illicéité de toute association tendant à favoriser la conclusion ou l'exécution d'une convention de GPA a été proclamée par une loi relative à l'entremise en matière d'adoption (<i>Adoptionsvermittlungsgesetz</i>) datant du 27 nov. 1989.</p> <p>Depuis la loi sur la protection des embryons, l'expression " maternité de substitution" englobe, en Allemagne, plusieurs situations. Elle vise celle d'une femme portant l'enfant conçu par fécondation in vitro avec les gamètes du couple commanditaire, (ou avec le sperme d'un des membres du couple et l'ovocyte d'une donneuse étrangère au couple) ; mais elle vise également la situation de la femme qui assume la gestation d'un enfant conçu par insémination artificielle ou fécondation in vitro réalisée avec l'un de ses ovocytes et le sperme de l'homme ayant commandé l'enfant.</p> <p>Le législateur allemand, dans sa loi sur la protection des embryons, loi de nature pénale, prévoit des peines très sévères, pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement, pour les praticiens coupables d'avoir procédé à une opération de</p>	<p>L'article 1591 du BGB répute mère légale la femme ayant accouché de l'enfant. Il s'agit d'une disposition d'ordre public.</p>	<p>L'Allemagne a ratifié la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005. Elle a également ratifié la Résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes (<i>2010/2209(INI)</i>). L'article 21 prévoit précisément que : « les femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales ». L'Allemagne a ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'article 35 prévoit que : « Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour</p>	<p>L'intérêt de l'enfant est un droit fondamental, prévu à l'article 6, al. 2 de la Loi fondamentale (Constitution de l'Allemagne).</p> <p>Selon l'article 1697a du BGB intitulé « principe de la prévalence de l'intérêt de l'enfant » : « Dans la mesure où il n'en est pas disposé autrement, le tribunal dans les procédures relatives aux affaires régies par le présent titre prend la décision qui, compte tenu des données de fait et des possibilités comme des intérêts légitimes des personnes concernées, correspond le mieux à l'intérêt de l'enfant ».</p> <p>L'Allemagne a ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'article 3-1 prévoit que : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de</p>



	<p>GPA, alors qu'est prévue une immunité au profit de la mère de substitution ((§1, al. 1 et 3 , n° 2 Embryonenschutzgesetz).</p> <p>Toutefois, par un arrêt du 10 décembre 2014, la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof) (XII ZB 463/13) décide de l'adoption par une couple de partenaire de même sexe de l'enfant né d'une convention de mère porteuse. Les partenaires doivent être considérés comme les parents de l'enfant et être inscrits sur l'état civil en tant que tels. Selon la Cour, cette décision respecte à la fois l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de la famille.</p>		<p>empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit ».</p>	<p>protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».</p>
<b>Brésil</b>	<p>Il n'existe pas de dispositions spécifiques. Toutefois, la Résolution du Conseil National de l'Ordre des Médecins sur les normes éthiques pour l'utilisation de techniques la reproduction assistée (Résolution n° 2.121/2015 du 24 septembre 2015) intègre le dispositif déontologique applicable aux médecins et encadre la maternité de substitution au point VII.</p> <p>Par conséquent, la pratique est autorisée sous réserve que :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la mère intentionnelle ne soit pas en mesure de porter son enfant en raison d'un problème médical qui contre-indique la gestation, mais elle doit obligatoirement fournir les ovules;</li> <li>En présence d'un couple féminin de personnes de même sexe, la gestation partagée est autorisée même en l'absence d'infertilité (hypothèse de transfert d'un embryon généré à partir de l'ovule de l'une des partenaires à l'utérus de l'autre)</li> <li>- il y ait un lien de parenté par le sang entre la mère de substitution et l'un des partenaires (futurs parents), sauf autorisation exceptionnelle de l'un des Conseils Régionaux des Médecins. Ce lien de parenté s'étend jusqu'au 4° degré (premier</li> </ul>	<p>L'article 199 § 4 de la Constitution interdit toute commercialisation des organes, tissus et substances humaines dans le but de procéder à des transplantations, y compris le sang.</p> <p>Par conséquent, la convention de mère porteuse onéreuse pourrait être interprétée comme ayant pour objet un acte de commercialisation des organes du corps humain, bien que de manière temporaire en ce qui concerne l'utérus. En revanche, il n'y aurait aucun obstacle aux conventions de mère porteuse à but non lucratif (altruistes),</p>	<p>Le Brésil a ratifié la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant, dont l'article 35 prévoit que : « Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit ».</p> <p>Le Brésil a également ratifié la Convention Interaméricaine de 1989 sur la restitution internationale des mineurs par le décret n° 1.212/1994 du 3 août 1994, et la Convention Interaméricaine de 1994 sur le trafic international des mineurs par le décret n° 2.740/1998 du 20 août 1998.</p>	<p>Les articles 19, paragraphe 2<sup>e</sup>, 52-C, paragraphe 1<sup>er</sup> et 100, paragraphe unique, alinéa IV du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent (Loi n° 8.069/1990 du 13 juillet 1990) prévoit la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions.</p> <p>En outre, le Brésil a ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 dont l'article 3-1 prévoit que : « « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une</p>

	<p>degré : mère ; deuxième degré : sœur/grand-mère ; troisième degré : oncle ; quatrième degré : cousin) ;  - aucun but lucratif ou commercial ne soit recherché par la mère porteuse.</p> <p>La Résolution admet l'emploi de la technique aux rapports « homoaffectifs » et aux personnes célibataires (Point VII, <i>chapeau</i>), tout en réservant au médecin un droit d'objection à la procréation médicalement assistée en raison de sa conscience.</p> <p>La Résolution ne traite d'aucune question liée à l'établissement de la filiation et l'enregistrement de l'enfant. Par ailleurs, selon le Point VII, n° 3.5, alinéa 9 de la Résolution, une « garantie de l'état civil des enfants » doit être fournie à l'équipe médicale par les parents génétiques pendant la gestation.</p> <p>La Résolution établit enfin que les Cliniques doivent veiller à ce que le dossier médical de la patiente figure les informations suivantes (Point VII, n° 3 de la Résolution):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- un terme de consentement libre et éclairé signé par les patients et par la donatrice temporaire de l'utérus, dans lequel figurent les informations relatives aux aspects biopsicosociaux et les risques liés à la grossesse et la période puerpérale, ainsi que celles concernant la filiation ;</li> <li>- rapport médical contenant le profil psychologique, qui atteste l'adéquation clinique et émotionnelle de personnes concernées ;</li> <li>- terme de compromis entre les patients et la donatrice temporaire de l'utérus établissant clairement la question de la filiation de l'enfant ;</li> <li>- garantie par les patients contractant de services de</li> </ul>	<p>comme l'admet la Résolution 2013/2013 du Conseil National de l'Ordre des Médecins.</p>		<p>considération primordiale ».</p>
--	---	---	--	-------------------------------------

	<p>procréation médicalement assisté qu'ils assureront un traitement et un accompagnement médical, y compris par des équipes médicales multidisciplinaires, si besoin, à mère porteuse, jusqu'au puerperium ;</p> <p>- autorisation par écrit du conjoint ou du compagnon de la mère porteuse, si celle-ci est mariée ou en « union stable ».</p>			
<b>Guinée</b>	<p>La législation guinéenne ne prévoit pas de dispositions consacrées à la « gestation pour autrui ».</p> <p>Il est aussi possible d'affirmer qu'aucune disposition spécifique n'existe en matière de « gestation pour autrui » dans le droit coutumier.</p> <p>Toutefois, il existe une pratique sociale consistant pour une femme, proche d'une autre, en général stérile, de lui céder l'exercice de l'autorité parentale sur son enfant dès la naissance. Il y a une sorte de "don d'enfant" de la première à la seconde femme appartenant à la même famille.</p>	<p>L'article 12 du code civil prévoit que « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».</p>	<p>L'article 337 du code pénal guinéen est consacré à la prohibition de la traite des personnes.</p> <p>Par la loi L /2008/ 011/AN du 19 août 2008, le législateur guinéen a consacré un droit spécial applicable à l'enfant ayant pour but la protection de sa personne et de ses biens.</p> <p>La Guinée est partie à toutes les conventions internationales prévoyant la protection de l'enfant. La Guinée est membre de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE) adoptée par l'ONU et de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de juillet 1990, qu'elle a ratifiée le 27 mai 1999.</p>	<p>Selon l'article 2, alinéa 2 du Code guinéen de l'enfant du 19 août 2008, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans toutes les mesures prises à l'égard de l'enfant par les institutions publiques ou privées, les tribunaux ou les autorités administratives ».</p> <p>En outre, la Guinée est partie à la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'article 3-1 prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans les législations et les décisions judiciaires.</p>
<b>Portugal</b>	<p>La loi n° 32/2006 du 26 juillet 2006 relative à la Procréation Médicalement assistée prohibe la maternité de substitution.</p> <p>L'article 8 de la loi prévoit que :</p> <p>« 1- Sont nulles les conventions juridiques, gratuites ou onéreuses de maternité de substitution.</p> <p>2- Les maternités de substitution sont entendues comme la situation par laquelle une femme prend en</p>	<p>Absence de disposition législative sur ce point.</p>	<p>L'article 160 du Code pénal prohibe tout trafic d'être humain.</p> <p>Une peine d'emprisonnement de 3 à 10 ans est prévue à l'égard de celui qui « offre, donne, accepte, ou transporte une personne à des fins d'exploitation sexuelle, d'exploitation</p>	<p>L'article 1878 du code civil prévoit que : « Il relève de la compétence des parents, dans l'intérêt des enfants, de veiller à leur sécurité et à leur santé, de pourvoir à leur besoin, d'assurer leur éducation, de les représenter (...) »</p>

	<p>charge une grossesse pour le compte d'une autre et remet lui remet l'enfant après l'accouchement, renonce à ses droits et devoirs de parents</p> <p>3- La femme qui accepte de porter l'enfant d'une autre femme est considérée comme la mère de l'enfant à naître ».</p> <p>L'article 39 de la loi prévoit que : « 1- Celui qui contracte une convention de maternité de substitution à titre onéreux est puni d'une peine d'emprisonnement de 2 ans (...),</p> <p>2- Celui qui promet, par quelque moyen que ce soit, par désignation directe ou par annonce publique, la maternité de substitution à titre onéreux est puni d'une peine d'emprisonnement de 2 ans (...) ».</p>		<p>professionnelle ou d'extraction d'organes au moyen de violences, rapt ou menaces graves, au moyen d'artifices ou de manœuvres frauduleuses, au moyen d'un abus d'autorité résultant d'une relation de dépendance hiérarchique, économique, professionnelle ou familiale ou encore en profitant de l'incapacité physique ou de situation de vulnérabilité de la victime ».</p> <p>Le Portugal a ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 dont l'article 35 relatif à la prohibition de trafic d'enfants.</p> <p>Il a également ratifié la Résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes (<a href="#">2010/2209(INI)</a>).</p> <p>L'article 21 prévoit précisément que : « les femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales ».</p>	<p>L'article 1905 du code civil prévoit que : « en cas de divorce, de séparation judiciaire de personnes et des biens, de déclaration de nullité ou d'annulation de mariage, d'aliments dus aux enfants et de toutes autres prestations nécessitant l'accord des deux parents, l'homologation sera refusée si l'accord ne correspond pas à l'intérêt du mineur ».</p> <p>Le Portugal a ratifié la Convention de New York, dont l'article 3-1 prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans les législations et les décisions judiciaires.</p>
--	--	--	---	---

<p><b>Russie</b></p>	<p>L'article 55 de la loi fondamentale sur la protection de la santé des citoyens reconnaît la maternité de substitution comme une technique de reproduction assistée. Les couples mariés et les femmes célibataires peuvent recourir à la GPA. Sont exclus les couples de personnes de même sexe, même mariés.</p> <p>L'article 51 du code de la famille prévoit d'accorder l'inscription des parents d'intention comme parents de l'enfant sous réserve du consentement de la femme qui l'a mis au monde (la mère porteuse).</p> <p>L'article 16 de la loi relative aux actes d'état civil prévoit que « l'enregistrement par les services de l'Etat de la naissance d'un enfant par les conjoints ayant consenti à l'implantation de l'embryon à une autre femme en vue de le porter doit être fait conjointement avec le document confirmant la naissance effective de l'enfant ». Ce document doit être délivré par un établissement médical et doit confirmer la réception du consentement de la femme qui a mis au monde l'enfant(mère porteuse) à l'enregistrement des conjoints comme parents de l'enfant.</p> <p>Un contrat est ensuite réalisé entre les parents d'intention et la mère porteuse.</p>	<p>Absence de dispositions législatives sur ce point</p>	<p>La Russie a ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'article 35 prohibe la vente et le trafic d'enfants.</p>	<p>La Russie a ratifié la Convention de New York, dont l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant.</p> <p>Toutefois, le Comité des droits de l'enfant remarque que plusieurs éléments du droit russe ne participent pas à la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il observe que la législation utilise l'expression « intérêts légitimes de l'enfant » qui n'a pas la même portée que «l'intérêt supérieur de l'enfant»; ensuite les organismes publics chargés de la protection de l'enfance (services de tutelle) ne prennent en compte que l'intégrité physique générale des enfants mais pas leurs besoins affectifs ou psychologiques; enfin la campagne «antimineurs» en cours vise à faire primer les droits des parents sur ceux des enfants.</p> <p>Le Comité attire l'attention de l'État partie sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale et recommande à l'État partie de modifier sa législation afin qu'elle corresponde mieux au droit consacré par la Convention.</p>
----------------------	--	--	--	---

				Il recommande également à l'État partie de redoubler d'efforts pour que ce droit soit dûment intégré et systématiquement appliqué dans toutes les procédures législatives, administratives et judiciaires ainsi que dans toutes les politiques, programmes et projets qui présentent un intérêt pour les enfants ou qui ont une incidence sur leur situation.
<b>Suisse</b>	<p>L'article 119 de la Constitution fédérale suisse (RS 101 du 18 avril 1999) interdit la maternité de substitution en ces termes: « L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique.</p> <p>La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants (...) d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits (...)»</p> <p>L'article 4 de la loi RS 810.11 (LPMA 18 décembre 1998, RS 810.11) relative à la procréation médicalement assistée prévoit que « le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits ».</p> <p>L'article 31 vise spécifiquement la maternité de substitution en ces termes : « Quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. Sera puni de la même peine</p>	L'article 6 al 2 du Code civil prévoit que « Les cantons peuvent, dans les limites de leur souveraineté, restreindre ou prohiber le commerce de certaines choses ou frapper de nullité les opérations qui s'y rapportent ».	L'article 182 du Code pénal prévoit que : « Celui qui, en qualité d'offreur, d'intermédiaire ou d'acquéreur, se livre à la traite d'un être humain à des fins d'exploitation sexuelle, d'exploitation de son travail ou en vue du prélèvement d'un organe, est puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. Le fait de recruter une personne à ces fins est assimilé à la traite. Si la victime est mineure ou si l'auteur fait métier de la traite d'êtres humains, la peine est une peine privative de liberté d'un an au moins. Dans tous les cas, l'auteur est aussi puni d'une peine pécuniaire ».	<p>L'article 274a du code civil prévoit que : « Dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles peut aussi être accordé à d'autres personnes, en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant ».</p> <p>L'article 288 du code civil prévoit que : « Si l'intérêt de l'enfant le justifie, les parties peuvent convenir que l'obligation d'entretien sera exécutée par le versement d'une indemnité unique ».</p> <p>La Suisse a ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'article 3-1 prévoit que l'intérêt supérieur</p>

	<p>quiconque sert d'intermédiaire à une maternité de substitution ».</p> <p>Le tribunal fédéral suisse rappelle cette interdiction dans une décision du 21 mai 2015 (5A_748/2014). Elle décide que « toutes les formes de gestation pour autrui sont interdites par la Constitution fédérale. Cette interdiction vise notamment à éviter que l'enfant ne soit réduit au statut de marchandise et vise à protéger la mère porteuse d'une éventuelle commercialisation de son corps. »</p>			<p>de l'enfant soit une considération primordiale dans les législations et décisions judiciaires.</p>
--	--	--	--	---

## Dispositions relatives à l'AMP et à la gestation par personne interposée, suite

### Belgique

Législation relative à la maternité de substitution en droit interne	Législation relative à la réception des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger	Instructions en droit interne
<p>La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes autorise le projet parental d'un couple ou de « de toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons ».</p> <p>Il n'y a pas de prohibition expresse de la maternité de substitution.</p> <p>Toutefois, l'article 6 du code civil interdit de déroger par convention privée aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. L'article 1128 du code civil prévoit que seules les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent faire l'objet d'une convention, ce qui n'est pas le cas des gamètes, des embryons ou des fonctions reproductives d'une femme.</p> <p>La Cour d'appel de Gand a jugé qu'au travers des règles existantes, le législateur n'entendait pas permettre la commande d'un enfant à une mère porteuse, (Gand, 16 janv. 1989, T.G.R. 1989, p. 52).</p>	<p><b>Position du droit interne sur les effets en droit belge des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger :</b></p> <p>Concernant la reconnaissance d'un acte de naissance étranger il y a lieu de se référer, en l'absence de disposition spécifique, au code de droit international privé en particulier à ses articles 27 (reconnaissance des actes authentiques étrangers) et 62 (droit applicable à la filiation).</p> <p>Un acte de naissance établi à l'étranger constatant la filiation de parents intentionnels belges ne peut être reconnu en Belgique sur la base des articles 27 et 62 du code de droit international privé.</p> <p>L'article 27 §1 prévoit qu' « Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21.</p> <p>L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'Etat dans lequel il a été établi (...) ».</p> <p>L'article 62 §1 prévoit que : « L'établissement et la contestation du lien de filiation à l'égard<sup>1</sup> d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte ».</p> <p><b>Réception des actes de naissance étrangers</b></p> <p>La demande de reconnaissance d'un acte de naissance étranger établi au profit du ou des parents intentionnels, dans l'hypothèse où ces derniers possèdent une nationalité dont la loi admet le recours à une mère porteuse, résidant en Belgique et ce, alors même que l'acte de naissance est valide au regard du droit dont ils possèdent la nationalité devrait être écartée, conformément aux articles 27 et 62.</p> <p>Concernant l'hypothèse où la filiation maternelle et/ou paternelle des parents intentionnels est établie, non pas dans un acte de naissance dressé à l'étranger, mais par décision judiciaire prononcée à l'étranger, la reconnaissance de la décision judiciaire est soumise aux conditions visées à l'article 25 du code de droit international privé. Les questions de la compatibilité du</p>	<p>La pratique rapportée par le Département des Affaires étrangères fait état de ce que les postes ont reçu pour instructions de ne reconnaître aucun effet aux documents étrangers produits dans ce cadre (actes de naissance, jugements,...). Cette position est adoptée même si la procédure, telle que légalement prévue localement, a été scrupuleusement suivie. Ce qui a des effets à l'étranger, en l'espèce, n'en produit pas dans l'ordre juridique interne belge.</p> <p>Lorsque les intéressés prennent contact avec les postes à l'étranger ou avec le Département des Affaires étrangères avant d'entamer les démarches, ils sont sérieusement mis en garde quant au fait que s'ils suivent cette procédure, le cas échéant même suivant la loi locale étrangère, les postes refuseront de reconnaître la maternité et/ou la paternité.</p>



recours à la maternité de substitution avec l'ordre public et de la fraude à la loi sont alors centrales. Selon l'article 25, « Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si :

1° l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public; cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit (...) ».

La personne qui conteste le refus de reconnaissance de l'acte authentique ou de la décision judiciaire étrangère par l'officier de l'état civil dispose d'un recours devant le tribunal de première instance (articles 23 et 27 du Code de droit international privé).

Toutefois, plusieurs décisions judiciaires montrent que la filiation est généralement établie *in fine* par le juge par reconnaissance et/ou adoption sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### **Recours à l'adoption lorsque la convention de mère porteuse a été réalisée en Belgique**

La Cour d'appel de Gand a refusé l'adoption d'un enfant né dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui à titre onéreux par l'épouse du père biologique (la mère biologique étant la mère porteuse).

Elle a assimilé la gestation pour autrui à une vente d'enfant, de sorte que l'adoption n'était pas fondée sur de justes motifs et que les droits fondamentaux de l'enfant n'étaient pas respectés.

Par ailleurs, elle a précisé que la gestation pour autrui est contraire à la dignité humaine car elle ferait de l'enfant une chose dans le commerce, ce qui est contraire à l'ordre public interne et international. (CA Gand, 30 avril 2012, RGDC 2012/8, p. 372)

En revanche, plusieurs jugements ont été favorables à l'adoption d'un enfant :

- le Tribunal de première instance de Turnhout a reconnu l'adoption de l'enfant conçu avec les gamètes de ses deux parents adoptifs mariés et porté par la sœur de l'un d'eux. Il a jugé que si la mère porteuse ne percevait aucun gain, la convention n'est pas contraire à l'ordre public ; elle a aussi considéré que l'adoption par le couple commanditaire est conforme à l'intérêt de l'enfant (Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2001, R.W. 2001, n° 6 du 6 octobre 2001). La Cour d'appel d'Anvers s'est prononcée dans le même sens dans le cas où la mère porteuse était la grand-mère biologique de l'enfant (Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, n°42, p. 1774).

- Le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles a rendu une décision identique en homologuant l'adoption d'un enfant, porté par une femme tierce et qui était génétiquement le fils de la requérante et de son époux, ce dernier l'ayant reconnu. Le tribunal a constaté qu'aucune autre procédure légale belge, pas même l'action en contestation de maternité, ne permet de conférer à l'enfant la filiation maternelle qui correspond à sa filiation biologique, alors que les progrès de la science impliquent parfois de distinguer la mère génétique de la mère porteuse. Il a jugé que « dans ces circonstances, la procédure d'adoption est en quelque sorte utilisée pour combler une lacune de la loi ou, à tout le moins, pour rencontrer une hypothèse qu'elle n'a pas envisagée », que l'adoption était fondée sur de justes motifs et qu'elle répondait à l'intérêt supérieur de l'enfant (Trib. jeunesse Bruxelles, 6 mai 2009, J.L.M.B., 2009/23, p. 1083).

- Bien qu'il ait considéré la pratique de la gestation pour autrui comme illicite, tant du point de vue de son objet que de sa cause, Le tribunal de la jeunesse de Namur a déclaré fondée sur de justes motifs et conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant l'adoption par un couple homosexuel marié d'un enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui, la mère porteuse, soeur de l'une des requérantes, étant la mère génétique et l'embryon ayant été obtenu grâce à un don anonyme de sperme. Selon ce jugement, « il appartient au tribunal non pas de se prononcer sur la licéité ou non de la pratique de la gestation pour autrui mais bien de statuer en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant à être adopté (...). La question de l'adoption doit se distinguer de celle de la validité de la gestation pour autrui » (Trib. jeunesse Namur, 7 janvier 2011, Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 96).

**Recours à l'adoption lorsque la convention de mère porteuse a été réalisée à l'étranger :**

Conformément aux articles 27 et 62 du code de droit international, les actes de naissance doivent être contrôlés sur la base des conditions du droit belge. Aucun acte étranger ne peut produire d'effets en Belgique, si le contenu de celui-ci ne peut être virtuellement élaboré en Belgique. Selon le droit belge de la filiation, la femme qui a accouché de l'enfant doit être considérée comme sa mère et est mentionnée comme telle dans l'acte de naissance.

Cependant dans une décision du 19 décembre 2008, la Cour d'Anvers relève que la validité des actes présentés en Belgique comme « actes de naissance » ne peut pas être établie, mais il considère par ailleurs qu'en l'absence de fraude à la loi, ces actes de

	<p>naissance peuvent être considérés comme des actes authentiques valides, desquels il ressort que la volonté du mari était de reconnaître les enfants et que cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public international. En l'espèce, un couple marié s'était rendu en Ukraine pour faire appel aux services d'une mère porteuse. Les enfants nés de cette convention sont génétiquement les enfants du couple demandeur. Cette reconnaissance a eu pour effet d'attribuer la nationalité belge aux enfants.</p> <p>La mère intentionnelle (et génétique) s'est, ensuite, adressée au Tribunal de la jeunesse d'Anvers (Civ. Anvers, 22 avril 2010, <i>T. Fam.</i>, 2012/2, p. 43) en vue d'adopter les enfants. Sur la base de la procédure de l'adoption interne, le tribunal a prononcé l'adoption, en considérant qu'il ne lui appartient pas de trancher une question aussi fondamentale que la gestation pour autrui et que l'adoption est dans l'intérêt des enfants.</p> <p><b>Documents de voyage</b> Aucun document de voyage ne peut être délivré aux parents d'intention, conformément aux articles 23 et 27 du code de droit international privé. Ces derniers devront s'adresser au Tribunal de première instance compétent. L'article 23 § 1 prévoit que : « (...) le tribunal de première instance est compétent pour connaître d'une demande concernant la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire d'une décision judiciaire étrangère ».</p>	
--	--	--

## Espagne

<b>Législation relative à la maternité de substitution en droit interne</b>	<b>Législation relative à la réception des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger</b>	<b>Instructions en droit interne</b>
<p>L'article 10 de la Loi n° 14.2006 du 26 mai 2006 relative aux techniques de reproduction humaine assistée prévoit que :</p> <p>1 Est nulle de plein droit la convention de gestation par laquelle la femme renonce à sa maternité en faveur de l'autre partie ou d'une tierce personne.</p> <p>2. La filiation des enfants nés d'une gestation pour le compte d'autrui se prouve par l'accouchement.</p> <p>3. L'action en réclamation de la paternité du père génétique est ouverte conformément aux règles applicables en cette matière.</p>	<p><b>Position du droit interne sur les effets en droit espagnol des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger</b> Pas de dispositions législatives spécifiques sur ce point.</p> <p><b>Réception des actes de naissance étrangers en droit interne</b> La Direction Générale des Registres et du Notariat (DGRN) avait émis une instruction le 5 octobre 2009 fournissant des lignes directrices pour l'enregistrement de dossiers consulaires :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la naissance de l'enfant doit avoir lieu dans l'Etat où la pratique des conventions de mère porteuse est régulée ;</li> <li>- l'un des parents d'intention doit être de nationalité espagnole ;</li> </ul>	<p>La décision (« Auto ») du Tribunal Suprême rendu le 2 février 2015 a paralysé, au moins momentanément, l'annonce du Gouvernement de rédiger une circulaire interne (« Circular interna ») adressée aux représentations diplomatiques à l'étranger afin de permettre l'inscription des enfants nés d'une</p>

	<p>- il faut une décision du tribunal étranger constatant que la femme qui a accouché renonce à sa maternité et que le couple qui a eu recours à la GPA assume sa parenté vis-à-vis de l'enfant ;</p> <p>- il faut obtenir l'exequatur du jugement étranger obtenu après une procédure contradictoire, conformément aux règles de droit international privé.</p> <p>Cependant, le Tribunal suprême, par une décision du 6 février 2014, a annulé cette instruction au motif que l'inscription d'une filiation reposant uniquement sur la GPA constitue une fraude à la loi espagnole.</p> <p>A la suite des arrêts de condamnation rendus par la CEDH contre France du 26 juin 2014 dans les affaires Mennesson et Labassée, le Gouvernement espagnol a annoncé qu'il allait donner des instructions aux Consulats pour faciliter l'inscription dans les registres espagnols des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse. Mais, cette annonce n'a pas eu de suite. Le Tribunal suprême, par une décision (« Auto ») rendu le 2 février 2015, a rappelé notamment que le droit de fonder une famille n'est pas illimité. Il n'inclut pas la possibilité d'établir des liens de filiation par des moyens non reconnus par la loi.</p> <p><b>Recours à l'adoption</b></p> <p>Pour obtenir un jugement d'adoption, il faut suivre une procédure non contentieuse (« la jurisdicción voluntaria »). Il n'y a pas d'autorité spécifique. Un juge unique statue, mais il faut toujours la présence du Ministère fiscal (« Ministerio Fiscal »).</p> <p>Toute personne, célibataire ou mariée, hétérosexuelle ou homosexuelle, peut adopter en enfant, à condition d'être âgé de 25 ans au moins et avec une différence d'âge d'au moins 16 ans et d'au plus 45 ans.</p> <p><b>Documents de voyage</b></p> <p>Un document de voyage est automatiquement délivré si les parents possèdent un livret de famille. Il peut être refusé si cette condition n'est pas remplie ou si un jugement interdit le déplacement de l'enfant (par exemple, en cas de divorce, le mineur ne peut pas sortir du territoire national sans le consentement de l'autre parent).</p>	<p>convention de mère porteuse.</p>
--	--	-------------------------------------

## Grèce

Législation relative à la maternité de substitution en droit interne	Législation relative à la réception des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger	Instructions en droit interne
<p>Les maternités de substitution ont été autorisées par la loi 3089/2002 du 19 décembre 2002 portant sur l'assistance médicale à la procréation humaine. Cette loi a ajouté dans le code civil les articles 1455 à 1460 et modifié les articles 1461 à 1484 concernant la parenté. Elle a été complétée par la loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée, entrée en vigueur le 27 février 2005.</p> <p>Conditions générales : une limite d'âge est fixée à cinquante ans pour la femme commanditaire et la mère porteuse. Selon l'article 1455 du code civil (introduit par l'article 1er de la loi 3089/2002), « l'assistance médicale à la reproduction humaine (procréation artificielle) n'est permise que pour faire face à l'impossibilité de procréation naturelle ou pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie grave. Cette assistance est permise jusqu'à l'âge de la capacité naturelle de procréation de la personne assistée ». Cette disposition est complétée par l'article 1458 du code civil, spécifique à la question du recours à des mères porteuses. Il prévoit notamment que « le transfert dans le corps d'une autre femme d'embryons étrangers à celle-ci et la gestation par elle sont permis s'il est prouvé que la gestation lui [à la femme qui désire avoir un enfant] est médicalement impossible et que la femme qui se prête à la gestation y est apte, au vu de son état de santé ».</p> <p>La procédure d'autorisation du recours à une mère porteuse est prévue par la loi 3089/2002. La décision est rendue par application des dispositions du code de procédure civile concernant la juridiction gracieuse (art. 4, loi 3089/2002, modifiant l'art. 121 de la loi d'introduction au code civil). Le transfert dans le corps d'une autre femme d'embryons étrangers à celle-ci et la gestation par elle sont permis par</p>	<p><b>Position du droit interne sur les effets en droit grec des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger</b></p> <p>Il n'existe pas de législation quant à la réception des conventions réalisées à l'étranger.</p> <p><b>Réception des actes de naissance étrangers</b></p> <p>Deux dispositions du droit hellénique pourraient s'appliquer : les articles 780 et 905 § 4 du code de procédure civile, concernant en matière d'état civil la reconnaissance des décisions étrangères rendues respectivement dans le cadre d'une procédure gracieuse ou contentieuse.</p> <p>L'exequatur n'est nécessaire que dans les cas relevant de l'article 905 § 4, alors que les jugements gracieux régis par l'article 780 ont de plein droit autorité en Grèce s'ils ont été régulièrement rendus. Or les conditions de la régularité des décisions étrangères, soumises ou non à l'exequatur, varient également selon leur nature procédurale : le contrôle de la loi applicable détermine l'efficacité des décisions gracieuses, alors qu'un tel contrôle n'est pas permis pour les jugements contentieux.</p> <p>En effet, l'article 780 prévoit qu'une décision étrangère gracieuse ne peut être reconnue que si la juridiction étrangère a appliqué la même règle que celle qui aurait été appliquée par les tribunaux grecs s'ils avaient été saisis et s'ils avaient été compétents par application du droit international privé grec.</p> <p>Bien que d'après la position dominante, la nature procédurale d'un jugement étranger soit jugée par application des conceptions helléniques y afférant, la doctrine et la jurisprudence sont généralement divisées à propos du régime juridique de la reconnaissance des décisions étrangères de procédure gracieuse ayant tranché une question d'état civil. Vu l'absence en droit hellénique de solutions spéciales relatives à la reconnaissance des décisions étrangères autorisant le recours à une mère porteuse, aucune distinction ne peut être faite selon l'état civil du ressortissant grec.</p> <p>Aucune procédure n'est d'ailleurs prévue, permettant de vérifier que l'enfant en cause a été mis au monde par une mère porteuse ou qu'il est bien l'enfant biologique de la personne qui se dit en être le parent, les autorités</p>	<p>Pas d'informations sur ce point.</p>

<p>autorisation judiciaire délivrée avant le transfert, s'il existe un accord écrit et sans contrepartie entre les personnes qui désirent avoir un enfant et la femme qui accouchera, l'accord de son conjoint étant également requis quand elle est mariée. L'autorisation judiciaire est accordée après requête de la femme commanditaire. Le consentement donné doit l'avoir été de façon libre et éclairée. Toute contrepartie pécuniaire est interdite, excepté le remboursement des frais de grossesse et d'accouchement, ainsi que, le cas échéant, le versement d'une indemnité correspondant aux salaires perdus par la mère porteuse durant la grossesse à concurrence d'un maximum évalué par une autorité indépendante.</p> <p>Le jugement n° 452/2006, rendu par le Tribunal de grande instance de Lefkade, a autorisé la mère de la femme commanditaire à être la mère porteuse.</p> <p>L'article 1458 du code civil n'est applicable « qu'au cas où la femme demanderesse et la femme gestatrice ont leur domicile en Grèce » (art. 8 de la loi 3089/2002). En effet, soucieuse d'éviter le « tourisme procréatif », la législation grecque n'est applicable qu'au profit d'une femme commanditaire domiciliée en Grèce et à condition que la mère porteuse le soit aussi (art. 8 de la loi du 19 décembre 2002).</p> <p>Les effets de l'autorisation du recours à une mère porteuse en matière d'état civil et de filiation sont régis par le nouvel article 1464 du code civil, introduit par la loi 3089/2002. Il dispose qu' « en cas de procréation artificielle et de gestation par une autre femme selon l'article 1458, est présumée mère de l'enfant la femme à laquelle a été accordée l'autorisation. Cette présomption est renversée par l'action en contestation de la maternité, exercée dans un délai de six mois à partir de la naissance, soit par la mère présumée, soit par la femme gestatrice, s'il est prouvé que l'enfant est issu biologiquement de cette dernière. La contestation est faite par la femme titulaire de l'action elle-même, ou par son mandataire spécial, ou, après autorisation judiciaire, par son représentant</p>	<p>grecques n'étant pas, en règle générale, autorisées à procéder à la modification d'actes publics étrangers.</p> <p><b>Documents de voyage</b> Pas d'informations sur ce point.</p>	
---	---	--

légal. Suite à la décision judiciaire irrévocable qui fait droit à l'action, l'enfant a, rétroactivement depuis sa naissance, pour mère la femme gestatrice ».

La législation grecque présente ainsi une forte originalité à propos de la filiation de l'enfant conçu et né dans ces circonstances. Portant exception au principe général *Mater semper certa est*, qui est posé classiquement par l'article 1463 du code civil, l'article 1464 répute la femme bénéficiaire de l'autorisation judiciaire comme étant la mère légale et prévoit sa désignation comme telle dans l'acte de naissance dès l'origine.

La paternité du mari est présumée en application du droit commun, si la naissance a eu lieu durant le mariage ou dans les trois cents jours suivant sa dissolution ou son annulation (art. 1465 du code civil).

S'agissant d'un couple non marié, le concubin doit exprimer par acte notarié son consentement à l'assistance médicale à la procréation réalisée grâce à une mère porteuse (art. 1456, §1, al. B du code civil), ce qui vaut reconnaissance volontaire de paternité (art. 1475 du code civil). Que le couple bénéficiaire soit marié ou non, la filiation paternelle est ainsi inscrite dans l'acte de naissance.

En ce qui concerne plus particulièrement l'état civil, la loi 3089/2002 porte modification de la loi 344/1976 relative aux actes civils et notamment de son article 20 établissant l'obligation de déclaration de la naissance auprès des autorités d'état civil du lieu de celle-ci sur production d'une attestation du médecin ou de la sage-femme ayant assisté à l'accouchement. En cas de recours à une mère porteuse, la loi 3089/2002 précise qu'« est également produite l'autorisation judiciaire accordée à la femme qui désire avoir un enfant ».

## Luxembourg

Législation relative à la maternité de substitution en droit interne	Législation relative à la réception des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger	Instructions en droit interne
<p>La législation luxembourgeoise ne prévoit pas de dispositions concernant les maternités de substitution.</p> <p>Toutefois, le projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation prévoit d'interdire expressément la pratique de la gestation pour autrui.</p> <p>L'article 6 du code civil serait complété par un nouvel alinéa prévoyant que : « Toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».</p> <p>Le projet de loi prévoit d'insérer un nouvel article 391 <i>quater</i> dans le code pénal. Cet article serait libellé comme suit : « Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 euros à 12500 euros le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines seront portées au double. La tentative des infractions prévues à l'alinéa précédent du présent article sera punie des mêmes peines ».</p> <p>Le commentaire des articles du projet de loi n° 6568 précise que le caractère équivoque de la possession d'état peut notamment résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi : « il peut en être ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui ».</p> <p>Le commentaire des articles du projet de loi indique concernant les actions en contestation de filiation que : « la supposition d'enfant implique que la mère légitime n'a pas accouché de l'enfant qui lui est attribué, ce qui peut se rencontrer notamment en cas de gestation pour le compte d'autrui ».</p>	<p><b>Position du droit interne sur les effets en droit espagnol des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger</b></p> <p>La situation créée à l'étranger et impliquant une mère porteuse étrangère ayant accouché d'un enfant qu'elle a ensuite remis à un couple ou à une personne seule de nationalité luxembourgeoise ne s'est pas présentée au Grand-Duché.</p> <p><b>Réception des actes de naissance étrangers</b></p> <p>Comme les agents diplomatiques et les consuls luxembourgeois ne remplissent aucune fonction en matière d'état civil et ne dressent donc pas d'actes de l'état civil, ils n'auront pas à apprécier si une filiation établie à l'étranger doit être reconnue ou non, et ils n'ont pas reçu d'instructions spécifiques pour les situations d'enfants nés de mères porteuses. Aucune procédure ni aucune vérification du lien biologique ne sont prévues.</p> <p><b>Documents de voyage</b></p> <p>Absence d'informations sur ce point.</p>	<p>Absence d'informations sur ce point.</p>



## Royaume-Uni

Législation relative à la maternité de substitution en droit interne	Législation relative à la réception des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger	Instructions en droit interne
<p>Les dispositions relatives à la maternité de substitution sont régies par le Surrogacy Arrangements Act de 1985. Il prévoit qu'aucune convention de maternité de substitution n'est exécutoire par ou contre n'importe laquelle des personnes qui y recourent.</p> <p>La section 54(2) HFEA (Loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie humaine) de 2008 prévoit que : Seuls les couples peuvent se voir reconnaître la condition de parents d'un enfant né d'une mère de substitution, en application d'une décision parentale (« parental order »). Le couple doit être marié ou inscrit dans un partenariat civil, ou vivre ensemble comme des partenaires qui "partagent une relation familiale" (une cohabitation à long terme). Le couple peut être de sexe opposé ou de même sexe.</p> <p>L'enfant doit être génétiquement relié à l'un des parents d'intention- la mère ou le père. Un ovule de la mère porteuse peut être utilisé (si le sperme du père d'intention est utilisé).</p> <p>Selon la section 54(1) de l'HFEA, sur demande faite par les parents d'intention, la Cour peut rendre une décision prévoyant que l'enfant soit traité comme leur enfant si :</p> <p>a- L'enfant a été porté par une femme qui n'est pas un des demandeurs et que sa conception résulte de l'implantation d'un embryon ou de l'utilisation d'un don de sperme ou d'un don d'ovule ou d'une insémination artificielle, b- Les gamètes d'au moins un des demandeurs doivent être utilisés pour la création de l'embryon.</p>	<p><b>Position du droit interne sur les effets en droit anglais des conventions de mère porteuse réalisées à l'étranger</b> Les mêmes règles s'appliquent que l'enfant soit né d'une convention de mère porteuse sur le territoire nationale ou dans un Etat étranger.</p> <p>Conformément à la législation britannique, la mère porteuse (et son mari si elle est mariée) est la mère légale quelles que soient les mentions inscrites dans l'acte de naissance dressé à l'étranger. Les parents d'intention peuvent ensuite obtenir une décision parentale (« parental order ») dans les conditions de l'article s54 de l'HFEA Loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie humaine), selon laquelle ils pourront être inscrits en qualité de père et mère.</p> <p><b>Réception des actes de naissance étrangers</b> L'enfant est légalement considéré comme celui de la mère porteuse et il acquiert sa nationalité. L'enfant né d'une mère porteuse à l'étranger acquerra la nationalité britannique des parents d'intention suite à l'obtention par ces derniers d'une décision parentale dans les conditions posées à l'art. s54 : - il doit exister un lien génétique entre les parents d'intention et l'enfant ; - les parents d'intention doivent être mariés, partenaires civils, ou entretenir une relation familiale de longue durée ; - la demande doit être faite dans les six mois suivant la naissance de l'enfant ; - l'enfant doit vivre avec ses parents d'intention ; - les parents d'intention doivent être domiciliés au Royaume-Uni ; - les parents d'intention doivent être âgés de plus de 18 ans ; - la mère porteuse ou tout homme ou femme reconnu comme parent légal doit avoir librement consenti à la réalisation de la décision parentale (c'est-à-dire sans aucune condition et avec une pleine et entière compréhension des termes de la décision) - à moins qu'un tel parent ne puisse être trouvé ou soit incapable de donner son consentement ;</p>	<p>L'Agence britannique des Frontières a publié des informations concernant les maternités de substitution à l'étranger et les règles d'immigration, de même que le Bureau de Commonwealth. Elles sont destinées aux citoyens britanniques qui ont l'intention de se rendre à l'étranger pour conclure une convention de mère porteuse.</p>

<p>L'enfant conçu et né d'un don de gamètes a un droit d'accès aux informations concernant ses origines génétiques, y compris sur l'identité du donneur.</p> <p>Il n'y a pas de restriction quant à la nationalité des parents d'intention.</p> <p>Au moment de la procédure, l'un ou les deux parents d'intention doivent être domiciliés au Royaume-Uni, dans les îles anglo-normandes, ou sur l'Île de Man (art 54(4)).</p> <p>L'Autorité pour la fertilisation et l'embryologie humaine réglemente et contrôle les traitements de fertilisation et délivre une licence aux cliniques habilitées.</p> <p>Les juges peuvent ne pas tenir compte des infractions faites à la législation (par exemple, des paiements excédant l'indemnisation des dépenses raisonnables). La décision finale sur la reconnaissance du statut de parents aux parents d'intention doit être motivée par l'intérêt supérieur de l'enfant.</p> <p>La Cour analyse trois questions susceptibles de se poser dans ces affaires:</p> <p>(1) L'indemnisation versée à la mère porteuse a-t-elle été disproportionnée par rapport aux dépenses raisonnables?</p> <p>(2) Les demandeurs ont-ils agi en toute bonne foi et sans immoralité dans leurs transactions avec la mère porteuse?</p> <p>(3) Les demandeurs ont-ils tenté de frauder la loi ?</p> <p>Sur ce point, la Cour a rappelé dans ses décisions que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale au regard de l'autorisation du paiement de l'indemnisation et de la délivrance de la décision parentale.</p>	<p>- la mère porteuse doit donner son consentement dans les six semaines suivant la naissance de l'enfant ;</p> <p>- sauf autorisation de la Cour, aucune indemnisation autre que les « dépenses raisonnablement encourues » ne peut être versée à la mère porteuse lors de la remise de l'enfant ou de son consentement à la délivrance de la décision parentale aux parents d'intention.</p> <p><b>Documents de voyage</b></p> <p>Lorsqu'il n'a pas été possible d'obtenir un passeport britannique pour voyager, l'Agence britannique des Frontières accorde la permission pour l'enfant d'entrer au Royaume-Uni "en dehors de l'application des règles d'immigration". Cela signifie qu'il n'y a aucune règle spécifique permettant cette entrée, mais qu'un titre d'entrée sur le territoire sera tout de même délivré pour l'enfant.</p>
--	--

**Tableau n°2 - Adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe**

Etats	Adoption par les couples de personnes de même sexe en droit interne	Position du droit interne face à la possibilité pour un couple de personne de même sexe français d'adopter
<b>Allemagne</b>	<p>La loi du 16 février 2001 intitulée : " loi mettant fin à la discrimination à l'égard des concubinages homosexuels et instituant le partenariat de vie enregistré", dite loi sur le partenariat enregistré (Lebenspartnerschaftsgesetz) confère aux couples homosexuels, uniquement, pratiquement les mêmes droits civils et sociaux qu'aux couples hétérosexuels unis par le mariage.</p> <p>La loi allemande n'ouvre toujours pas aux couples homosexuels le droit d'adopter un enfant en commun.</p> <p>Cependant, de nombreux progrès ont été réalisés en matière d'adoption par les couples homosexuels. Tout d'abord, le législateur de 2001 a créé en faveur du partenaire de celui qui a un enfant "une petite autorité parentale" (kleines Sorgerecht, art. 1, al. 9 Lebenspartnerschaftsgesetz), qui lui confère un certain nombre de droits à l'égard de l'enfant.</p> <p>Puis la loi de 2001, modifiée en 2004, reconnaît la possibilité pour un partenaire d'adopter les enfants biologiques de l'autre (Stiefkindadoption). Lorsqu'un partenaire vit avec l'enfant de l'autre, il peut l'adopter suivant les règles générales de l'adoption. L'autre parent par le sang doit donner son accord, et les autorités compétentes devront examiner si cette adoption sert les intérêts de l'enfant. Dans l'affirmative, l'enfant sera alors considéré comme l'enfant commun du couple.</p> <p>Enfin, suite à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht) de 2013, une loi du 26 juin 2014 autorise l'adoption successive d'un enfant par les couples de personne de même sexe (Sukzessivadoption). Autrement dit, le ou la partenaire de celui ou celle qui a adopté des enfants par le passé peut à son tour adopter ces enfants.</p>	Absence d'informations sur ce point.
<b>Brésil</b>	L'article 42, paragraphe 2 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent (Loi n° 8.069/1990 du 13 juillet 1990), prévoit que, pour une adoption conjointe, il est indispensable que les adoptants soient mariés ou	Le Tribunal de Grande Instance de Rio a récemment décidé d'accorder l'adoption au profit d'un couple de personne de même sexe français.

<p>vivent en « union stable », la preuve de la stabilité de la famille étant indispensable également.</p> <p>L'article 197-C prévoit que les adoptants doivent être capables et préparés pour l'exercice d'une paternité ou d'une maternité responsable, à la lumière des exigences et des principes du Statut.</p> <p>L'adoption par des couples de personnes de même sexe n'est pas interdite et la jurisprudence l'autorise systématiquement depuis que le Tribunal Suprême Fédéral (STF) a jugé, le 5 mai 2011, que « l'union stable », sorte d'union civile, entre personnes de même sexe devait être considérée comme une entité familiale au même titre que « l'union stable » entre personnes de sexes différents ».</p> <p>L'article 42, <i>caput</i> 2 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent (Loi n° 8.069/1990 du 13 juillet 1990 établit que « <i>peuvent adopter les majeurs de 21 (vingt et un ans), Indépendamment de leur état civil</i> ».</p> <p>L'âge de 21 ans a cependant été réduit à 18 ans par l'article 1.618 du nouveau Code civil de 2002 : « <i>seuls les majeurs de dix-huit ans ou plus peuvent adopter</i> ».</p> <p>Selon les articles 42, § 3 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent et 1619 du Code civil, « <i>[l]’adoptant doit avoir au moins seize ans de plus que l’adopté</i> ».</p> <p>Quant aux effets, l'article 1.626, <i>caput</i> du Code civil prévoit que : « <i>[l]’adoption attribue à l’adopté la situation de fils, et coupe tout autre lien avec ses ascendants et ses parents consanguins, sauf en ce qui concerne les empêchements au mariage</i> ». Selon l'article 1. 626, paragraphe unique du Code civil : « <i>lorsque l’un des conjoints adopte l’enfant de l’autre, les liens de la filiation entre l’adopté et le conjoint ou le compagnon de l’adoptant et ses parents respectifs subsistent</i> ».</p> <p>L'article 1627 du Code civil prévoit que : « <i>[l]a décision attribue à l’adopté le nom de famille de l’adoptant, et peut déterminer la modification de son prénom, s’il est mineur, sur demande de l’adoptant ou de l’adopté</i> ». Cette même règle est également prévue à l'article 47, § 7 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent.</p> <p>Selon l'article 1628 du Code civil le point de départ des effets de l'adoption est celui où la « <i>sentence passe en chose jugée, sauf si l’adoptant est décédé pendant la procédure, cas auquel ses effets seront rétroactifs à</i></p>	<p>La première adoption internationale au Brésil par un couple de personnes de même sexe a concerné précisément un couple d'hommes de nationalité française (Bretagne), qui a adopté une fratrie composée de trois enfants âgés de 11, 10 et 8 ans en 2011 à Rio de Janeiro.</p> <p>Suite au mariage des adoptants après la loi française n° 2013-404 du 17 mai 2013, les adoptés ont eu droit d'ajouter les noms de famille composés de leurs parents à leurs propres noms.</p> <p>En mars 2015, un autre couple d'hommes de nationalité française, marié, demeurant en Normandie, a adopté une fratrie composée de trois frères âgés de 10, 8 et 7 ans à Rio de Janeiro.</p> <p>Les adoptions internationales suivent cependant des règles différentes au Brésil, avec une priorité donnée aux couples qui résident au Brésil, sans néanmoins opérer une quelconque discrimination fondée sur le sexe.</p>
--	--

	<p>la date du décès. Les relations de parenté s'établissent non seulement entre l'adoptant et l'adopté, mais aussi entre le premier et les descendants de ce dernier, de même qu'entre l'adopté et tous les parents de l'adoptant ». Si, en revanche, l'adoptant décède pendant le processus d'adoption, l'adoption produira ses effets à partir de la date du décès lorsqu'il ressort du dossier que l'adoptant avait manifesté son consentement sans équivoque (articles 42§ 6 combiné avec 47 §7 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent).</p>	
<b>Guinée</b>	<p>Selon les dispositions de l'article 325 du Code pénal guinéen, l'homosexualité est prohibée. Si l'homosexualité est une pratique qui existe dans la société guinéenne, elle connaît néanmoins une forte réprobation sociale.</p> <p>Le mariage entre personne de même sexe n'est donc pas prévu en droit guinéen. L'article 280 du Code civil prévoit que : « Les hommes de moins de 18 ans, les femmes de moins de 17 ans ne peuvent contracter mariage ».</p> <p>Conformément à la Sourate 33 verset 4 du Saint Coran, l'adoption est interdite par l'Islam. La population guinéenne majoritairement musulmane connaît un droit civil influencé aussi par la religion musulmane.</p> <p>Ainsi, si le Code civil guinéen n'interdit pas l'adoption, elle reste très encadrée même pour les couples de sexe différent. Il résulte des articles 381 à 394 du Code civil guinéen prévoyant l'adoption, que l'adoption est implicitement mais nécessairement prohibée aux couples de personnes de même sexe. Selon l'article 381 du code civil : « L'adoption ne peut avoir lieu que s'il y a des justes motifs et qu'elle présente des avantages pour l'adopté ». L'article 383 du même code précise que : « Les conjoints peuvent donner leur nom patronymique au mineur adopté (...) ».</p>	<p>La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe ne peut en principe avoir d'effet en Guinée. L'encadrement de l'adoption par la législation guinéenne prévoyant des conditions très strictes, suffira à empêcher l'aboutissement de tout projet d'adoption par un couple de personnes de même sexe, d'origine française ou autre.</p>
<b>Portugal</b>	<p>La loi n° 9 du 31 mai 2010 autorisant le mariage civil entre deux personnes du même sexe a modifié le code civil portugais dont l'article 1577 dispose désormais que : « le mariage est le contrat conclu entre deux personnes qui aspirent à constituer une famille au moyen d'une vie commune [...] ».</p> <p>La loi n° 7 du 11 mai 2001 portant mesures de protection des unions de fait (<i>uniões de facto</i>) règle, indépendamment de leur sexe, la situation des personnes qui vivent dans le cadre d'une union de fait depuis plus de deux ans.</p>	<p>Le Parlement, le 20 septembre 2015, a approuvé la proposition de loi relative à l'adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe. Toutefois, le Président de la République en exercice avait exercé son droit de veto, la proposition de loi avait donc été renvoyée au Parlement. Le Parlement a finalement confirmé le 10 février 2016 la loi autorisant l'adoption par les couples de personnes de même sexe.</p>

	<p>La loi n° 9 du 31 mai 2010 autorisant le mariage civil entre deux personnes de même sexe dispose explicitement que les modifications qu'elle opère dans le code civil n'ont pas pour effet de permettre l'adoption, dans aucune de ses modalités, par des personnes mariées de même sexe.</p>	
<b>Russie</b>	<p>Le code de la famille de la Fédération de Russie prévoit certaines conditions relatives aux adoptants :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Seuls les couples mariés de sexe différent peuvent adopter, à condition de ne pas avoir été privés de leur capacité juridique, ni déchus de l'autorité parentale, ni condamnés pour attentat à la vie ou à la santé d'autrui.</li> <li>- La différence d'âge entre les parents adoptifs et l'enfant adopté doit être de 16 ans minimum.</li> <li>- Les personnes atteintes d'une maladie ou d'un handicap (arrêté N° 542 – 1 Mai 1996 de la Fédération de Russie), ne sont pas acceptées.</li> <li>- Les autorités russes donnent une priorité aux adoptants âgés de 30 à 48 ans disposant d'un revenu mensuel net d'au moins 3.000 € pour un couple sans enfant et propriétaires de leur logement. En effet, conformément au code de la famille de la Fédération de Russie, les candidats doivent disposer, au moment du prononcé du jugement, de revenus suffisants pour garantir un minimum vital à l'enfant adopté.</li> <li>- Les candidats doivent obligatoirement attester d'une préparation à l'adoption allant de 30 heures minimum à 80 heures maximum selon les régions.</li> </ul> <p>Conformément à l'article 124 du code de la famille de la Fédération de Russie, l'adoption constitue le moyen prioritaire de placement des enfants privés de famille. Elle est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant et doit respecter le principe de subsidiarité.</p>	<p>La loi fédérale n°167-FZ du 3 juillet 2013 modifie l'article 127 du code de la famille russe relatif aux critères d'éligibilité à l'adoption en Russie. Elle interdit aux « personnes de même sexe liées par une union qui est reconnue comme un mariage et qui a été enregistrée en conformité avec la législation de l'Etat où un tel mariage est autorisé, ainsi qu'aux ressortissants de ces Etats qui ne sont pas mariés » d'adopter un enfant russe. Par conséquent, les candidatures de célibataires français ne seront plus recevables en Fédération de Russie.</p> <p>En application des dispositions transitoires de cette législation, les requêtes en adoption de personnes célibataires déjà enregistrées auprès des juridictions russes, devraient toutefois être examinées selon la législation antérieure.</p>
<b>Suisse</b>	<p>L'article 28 de la loi fédérale relative au partenariat enregistré entre personnes de même sexe (RS 211.231, 18 juin 2004) prévoit que : « Les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant ni à recourir à la procréation médicalement assistée ».</p> <p>Le mariage entre personnes de même sexe est prohibé en droit suisse. Selon l'article 94 du code civil, « Pour pouvoir contracter mariage l'homme et la femme doivent être âgés de 18 ans révolus et capables de discernement ».</p> <p>L'article 264a du code civil précise qu'en matière d'adoption : « 1 Des époux ne peuvent adopter que conjointement; l'adoption conjointe n'est pas permise à d'autres personnes. 2 Les époux doivent être mariés depuis cinq ans ou être âgés de 35 ans révolus. 3 Un</p>	<p>Absence d'informations sur ce point.</p>

époux peut adopter l'enfant de son conjoint s'il est marié avec ce dernier depuis cinq ans ».

L'article 264*b* du code civil prévoit que : « 1 Une personne non mariée peut adopter seule si elle a 35 ans révolus. 2 Une personne mariée, âgée de 35 ans révolus, peut adopter seule lorsqu'une adoption conjointe se révèle impossible parce que le conjoint est devenu incapable de discernement de manière durable, ou qu'il est absent depuis plus de deux ans sans résidence connue, ou lorsque la séparation de corps a été prononcée depuis plus de trois ans ».

Cependant, un projet est actuellement en cours pour permettre au partenaire de même sexe d'adopter l'enfant de son partenaire.

Effets de l'adoption par une personne seule :

**Art. 267.** : « 1.L'enfant acquiert le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs. 2 Les liens de filiation antérieurs sont rompus, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant. 3 Un nouveau prénom peut être donné à l'enfant lors de l'adoption ».

**Art. 270.** 1 L'enfant de conjoints qui portent des noms différents acquiert celui de leurs deux noms de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage. 2 Les parents peuvent toutefois demander conjointement, dans l'année suivant la naissance du premier enfant, que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint. 3 L'enfant de conjoints qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom.

**Art. 270a.** 1 Lorsque l'autorité parentale est exercée de manière exclusive par l'un des parents, l'enfant acquiert le nom de célibataire de celui-ci. Lorsque l'autorité parentale est exercée de manière conjointe, les parents choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront. 2 Lorsque l'autorité parentale conjointe a été instituée après la naissance du premier enfant, les parents peuvent, dans le délai d'une année à partir de son institution, déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant porte le nom de célibataire de l'autre parent. Cette déclaration vaut pour tous les enfants communs, indépendamment de l'attribution de l'autorité parentale. 3 Si aucun des parents n'exerce l'autorité parentale, l'enfant acquiert le nom de célibataire de la mère. 4 Les changements d'attribution de l'autorité parentale n'ont pas d'effet sur le nom. Les dispositions relatives au changement de nom sont réservées.

**Art. 270b.** Si l'enfant a douze ans révolus, il n'est plus possible de changer son nom sans son consentement.

**Art. 271.** 1 L'enfant acquiert le droit de cité cantonal et communal du parent dont il porte le nom. 2 L'enfant mineur qui prend le nom de l'autre parent acquiert en lieu et place de son droit de cité cantonal et communal antérieur celui de ce parent.

**Art. 273.** 1 Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. 2 Lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité de protection de l'enfant peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions. 3 Le père ou la mère peut exiger que son droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant soit réglé.

**Art. 274.** 1 Le père et la mère doivent veiller à ne pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent et à ne pas rendre l'éducation plus difficile. 2 Si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré. 3 Si les père et mère ont consenti à l'adoption de leur enfant ou s'il peut être fait abstraction de leur consentement, le droit aux relations personnelles cesse lorsque l'enfant est placé en vue d'une adoption.

**Art. 274a.** 1 Dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles peut aussi être accordé à d'autres personnes, en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant. 2 Les limites du droit aux relations personnelles des père et mère sont applicables par analogie.

**Art. 276.** 1 Les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger.



## L'adoption de l'enfant par les couples de personne de même sexe, suite

Etat	Mode de conjugalité en droit interne	Conditions de l'adoption d'un enfant par un couple marié ou non marié	Conditions de l'adoption par le conjoint ou le partenaire cohabitant de l'enfant de l'autre époux ou partenaire cohabitant
Belgique	<p><b>Mariage :</b> Art. 143 du code civil: Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.</p> <p><b>Partenariat enregistré ou contrat enregistré de cohabitation (cohabitation légale) :</b> <u>Art. 1475</u> § 1er. du code civil : Par "cohabitation légale", il y a lieu d'entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476. § 2. Pour pouvoir faire une déclaration de cohabitation légale, les deux parties doivent satisfaire aux conditions suivantes : 1° ne pas être liées par un mariage ou par une autre cohabitation légale; 2° être capables de contracter conformément aux articles 1123 et 1124.</p> <p><b>Concubinage :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet.</p>	<p><b>Mariage ou cohabitation légale:</b> Art. 343 du code civil : On entend par : a) adoptant : une personne, des époux [...], ou des cohabitants [...]; b) [cohabitants : deux personnes [...] ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes [...] qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi;] c) enfant : une personne âgée de moins de dix-huit ans.</p> <p>Art. 345 al 1 du code civil : L'adoptant ou les adoptants doivent avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans et avoir au moins quinze ans de plus que l'adopté (...). Ces conditions doivent être remplies au moment du dépôt de la requête en adoption.</p> <p>Art 346 du code civil : S'ils désirent adopter un enfant, l'adoptant ou les adoptants doivent être qualifiés et aptes à adopter. Est apte à adopter la personne qui possède les qualités socio-psychologiques nécessaires pour ce faire.</p> <p><b>Concubinage :</b> Art 343 b : « deux personnes (...) qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne</p>	<p><b>Mariage ou cohabitation légale :</b> Art. 345 alinéa 2 du code civil : « (...) Toutefois, si l'adopté est un descendant au premier degré ou un adopté du conjoint ou du cohabitant, même décédé, de l'adoptant, il suffit que ce dernier ait atteint l'âge de dix-huit ans et ait dix ans de plus que l'adopté. Ces conditions doivent être remplies au moment du dépôt de la requête en adoption ».</p> <p>Art. 347-2 du code civil : « Une personne déjà adoptée, de manière simple ou plénière, par deux adoptants, peut être adoptée une nouvelle fois, de manière simple ou plénière, par le nouveau conjoint ou cohabitant de l'un de ceux-ci si toutes les conditions requises pour l'établissement de cette nouvelle adoption sont remplies et que, soit : 1° l'autre adoptant antérieur est décédé; 2° l'adoption simple antérieure a été révoquée à l'égard de l'autre adoptant; 3° des motifs très graves commandent qu'une nouvelle adoption soit prononcée à la requête du ministère public ».</p> <p><b>Concubinage :</b> Les dispositions des articles 345 al. 2, 347-2 s'appliquent aux concubins qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant</p>

		soient pas unies par un lien de parenté [ <sup>1</sup> ...] <sup>1</sup> entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi;] ».	qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté (art. 343)
<b>Espagne</b>	<p><b>Mariage :</b> Art. 44 du code civil : L'homme et la femme ont le droit de contracter mariage conformément aux dispositions du présent code. Le mariage est soumis aux mêmes conditions et produit les mêmes effets que les deux contractants soient du même sexe ou de sexe différent.</p> <p><b>Concubinage/partenariat :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet.</p>	<p><b>Mariage :</b> L'adoption est permise à un couple marié ou un célibataire (art. 175.1 du code civil). Art. 175 - 1. du code civil : L'adoptant doit avoir vingt-cinq ans révolus. En cas l'adoption par deux époux, il suffit que l'un d'eux ait atteint cet âge. En tout état de cause, l'adoptant doit avoir au moins quatorze ans de plus que l'adopté.</p> <p>Un couple vivant maritalement ne peut pas adopter conjointement un enfant (art. 175. 4 du code civil). Art. 175. 4. : Nul ne peut être adopté que par une personne, sauf si l'adoption est faite par deux époux simultanément ou successivement. Le mariage célébré après l'adoption autorise l'un des conjoints à adopter les enfants de l'autre. Si l'adoptant décède ou s'il subit la cause de déchéance prévue à l'article 179, l'adopté peut faire l'objet d'une nouvelle adoption.</p>	<p><b>Mariage ou partenariat :</b> L'adoption par un époux de l'enfant de son conjoint est permise, mais non l'adoption par le partenaire cohabitant (art. 175. 1 et 4 du code civil). art. 175. 1 : L'adoptant doit avoir vingt-cinq ans révolus. Pour l'adoption par deux époux, il suffit que l'un d'eux ait atteint cet âge. En tout état de cause, l'adoptant doit avoir au moins quatorze ans de plus que l'adopté.</p> <p>Art. 175. 4. Nul ne peut être adopté que par une personne, sauf si l'adoption est faite par deux époux simultanément ou successivement. Le mariage célébré après l'adoption autorise l'un des conjoints à adopter les enfants de l'autre. Si l'adoptant décède ou s'il est frappé de la déchéance prévue à l'article 179 du code civil, l'adopté peut faire l'objet d'une nouvelle adoption.</p>
<b>Grèce</b>	<p><b>Mariage :</b> Art. 1350 et suivants du code civil Le mariage est une union légale entre un homme et une femme.</p> <p><b>Partenariat enregistré :</b> Un projet de loi est discuté pour organiser l'union civile entre deux personnes de même sexe, notamment suite à la condamnation de la Grèce par la CEDH (Vallianatos et autre c. Grèce, n° 29381/09, n° 32684/09)</p> <p><b>Concubinage :</b> Une loi du 26 novembre 2008 a créé le pacte de vie commune. Son champ d'application est limité aux personnes majeures de sexe opposé.</p>	<p><b>Mariage :</b> Article 1543 du code civil : Celui qui adopte un mineur doit être capable d'accomplir des actes juridiques, avoir trente ans révolus et ne pas avoir dépassé les soixante ans.</p> <p>Article 1544 du code civil : Celui qui adopte un mineur doit avoir au moins dix-huit ans de plus que l'adopté mais ne pas avoir plus de quarante-cinq ans que celui-ci.</p> <p>Article 1546 du code civil : Un époux ne peut adopter sans le consentement de son conjoint, donné en personne par déclaration devant le tribunal. Si le conjoint a sa résidence habituelle à l'étranger, son consentement peut être donné devant un notaire.</p>	<p><b>Mariage :</b> Article 1544 du code civil: En cas d'adoption de l'enfant du conjoint ainsi que s'il existe un motif grave, le tribunal peut autoriser l'adoption même si la différence d'âge est moindre, mais pas inférieure à quinze ans.</p> <p>Article 1579 du code civil : L'adoption d'un majeur n'est autorisée que si l'adopté est l'enfant du conjoint.</p> <p>Article 1585 du code civil : L'adoption prévue par l'article 1579 ne crée aucun lien de parenté entre l'adopté et les parents de l'adoptant et réciproquement.</p>

		<p>Mais le tribunal peut autoriser l'adoption sans ce consentement, si celui-ci est impossible à obtenir pour des raisons juridiques ou réelles, ou une procédure de divorce est pendante entre les époux .</p> <p><b>Partenariat ou concubinage :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet.</p>	<p><b>Partenariat ou concubinage :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet.</p>
<b>Luxembourg</b>	<p><b>Mariage :</b> Art. 143 alIre du code civil : Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.</p> <p><b>Partenariat :</b> La loi du 9 juillet 2004 organise le « partenariat » qui se définit comme une communauté de vie de deux personnes de sexe différent ou de même sexe – appelés les partenaires-, qui vivent en couple et qui ont fait une déclaration écrite auprès de l'officier de l'état civil de la commune du lieu de leur domicile ou résidence.</p> <p><b>Concubinage :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet.</p>	<p><b>Mariage :</b> - Adoption simple Art. 344 du code civil : l'adoption peut être demandée par toute personne âgée de plus de vingt-cinq ans. Art. 345 du code civil : lorsque l'adoption est demandée par deux conjoints, l'un doit être âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt et un an au moins. L'article 349 du code civil précise que nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est par deux conjoints.</p> <p>- Adoption plénière Art. 367 du code civil : l'adoption peut être demandée par deux conjoints non séparés de corps, dont l'un est âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt et un ans au moins, à condition que les adoptants aient quinze ans de plus que l'enfant qu'ils se proposent d'adopter et que l'enfant à adopter soit âgé de moins de seize ans.</p> <p><b>Partenariat ou concubinage :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet.</p>	<p><b>Mariage :</b> - Adoption simple Art. 345 du code civil : lorsque l'adoption est demandée par deux conjoints, l'un doit être âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt et un an au moins. Aucune condition d'âge n'est requise lorsqu'il s'agit de l'adoption par l'un des conjoints de l'enfant légitime, naturel ou adoptif de son conjoint. Art. 346 du code civil : l'adoptant doit avoir quinze ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Si ce dernier est l'enfant de son conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans.</p> <p>- Adoption plénière Art. 345 du code civil Aucune condition d'âge n'est requise lorsqu'il s'agit de l'adoption par l'un des conjoints de l'enfant légitime, naturel ou adoptif de son conjoint.</p> <p>Art. 367-1 du code civil : l'adoption peut encore être demandée par un conjoint au profit de l'enfant de son conjoint, à condition que l'adoptant ait dix ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter et que ce dernier soit âgé de moins de seize ans. Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celle que prévoit l'alinéa précédent.</p>

			<b>Partenariat ou concubinage :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet
<b>Royaume-Uni</b>	<p><b>Mariage :</b> Le mariage est autorisé entre deux personnes de sexe opposé (Marriage Act 1949) et de même sexe (Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013).</p> <p><b>Partenariat enregistré :</b> Les couples de personne de même sexe peuvent également entrer dans un partenariat civil (Civil Partnership Act 2004).</p> <p>Si l'un ou l'autre conjoint/partenaire n'est pas citoyen européen ou suisse et est soumis au contrôle de l'immigration, il lui faut obtenir un avis dans un délai de 28 jours auprès du bureau d'enregistrement désigné. Cet avis ne peut être donné que s'il y a eu un séjour au Royaume-Uni pour une période de 7 jours. Il s'agit ainsi de limiter des mariages fictifs - les autorités apprécieront si les conjoints/partenaires sont dans une véritable relation.</p> <p><b>Concubinage :</b> Pas de dispositions législatives à cet effet.</p>	<p><b>Mariage, Partenariat enregistré et concubinage :</b> Les personnes seules, les couples mariés, les partenaires et les couples qui vivent dans une relation familiale stable peuvent adopter un enfant.</p> <p>La Section 49 de l'Adoption and Children Act 2002 prévoit qu'une demande d'ordonnance d'adoption peut être faite par un couple ou une personne seule sous réserve des conditions des sections 50 et 51 et si l'une des conditions suivantes est remplies : La première condition est qu'au moins l'un des deux membres du couple (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 50) ou le demandeur (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 51) soit domicilié dans une partie des îles britanniques La deuxième condition est que les deux membres du couple (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 50) ou le demandeur (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 51) aient eu leur résidence habituelle dans une partie des îles britanniques pour une période de plus d'un an avant la date de la demande La demande d'ordonnance d'adoption ne peut être faite que si la personne devant être adoptée n'a pas atteint l'âge de 18 ans à la date de la demande.</p> <p>La section 50 relative à l'adoption par un couple prévoit qu'une ordonnance d'adoption peut être rendue si les deux membres du couple ont atteint l'âge de 21 ans.</p> <p>La section 51 prévoit qu'une ordonnance d'adoption peut être rendue à la demande d'une</p>	<p><b>Mariage :</b> La section 50 relative à l'adoption par un couple prévoit qu'une ordonnance d'adoption peut être rendue lorsque l'un des époux est la mère ou le père de la personne adoptée et a atteint l'âge de 18 ans et que le conjoint a atteint l'âge de 21 ans.</p> <p><b>Partenariat enregistré :</b> La section 51 prévoit qu'une ordonnance d'adoption peut être rendue à la demande d'une personne qui a atteint l'âge de 21 ans si le tribunal est convaincu qu'elle est le partenaire d'un parent de l'adopté.</p>

		personne qui a atteint l'âge de 21 ans et qui n'est pas mariée.	
--	--	---	--

**Tableau n°3 - Informations complémentaires**

Etats	Dispositions législatives relatives à l'AMP	Dispositions législatives relatives au don d'ovule/ de sperme	Dispositions législatives relatives au transfert d'embryons post mortem	Droits de l'enfant et mariage dans les Constitutions à l'échelle mondiale
Belgique	<p>Selon l'article 4 la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires de « Le prélèvement de gamètes est ouvert aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum. La demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes est ouverte aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum. L'implantation d'embryons ou l'insémination de gamètes ne peut être effectuée chez la femme majeure, âgée de plus de 47 ans. Par dérogation à l'alinéa 1er, le prélèvement pour cryoconservation de gamètes, d'embryons surnuméraires, de gonades ou fragments de gonades peut être effectué, sur indication médicale, chez un mineur ».</p>	<p><b>Art. 51.</b> § 1er. Le don de gamètes à titre gratuit est licite. Néanmoins, le Roi peut fixer une indemnité qui couvre les frais de déplacement ou de perte de salaire de la personne prélevée. Cette indemnité peut également couvrir les frais d'hospitalisation inhérents au prélèvement d'ovocytes de la donneuse.</p> <p>§ 2. La commercialisation des gamètes humains est interdite.</p> <p><b>Art. 52.</b> Sont interdits :</p> <p>1° le don de gamètes à caractère eugénique, tel que défini par l'article 5, 4°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, c'est-à-dire axé sur la sélection ou l'amplification de caractéristiques génétiques non pathologiques de l'espèce humaine;</p> <p>2° le don de gamètes axé sur la sélection du sexe, tel que défini par l'article 5, 5°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, c'est-à-dire axé sur la sélection du sexe, à l'exception de la sélection qui permet d'écarter les spermatozoïdes atteints de maladies liées au sexe.</p> <p><b>Art. 53.</b> L'appariement entre donneur(s) et receveur(s) ne peut être considéré comme une pratique à caractère eugénique au sens de l'article 52, 1°.</p>	<p><b>Art. 15.</b> Dans l'hypothèse où les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'ils l'aient expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 13 de la présente loi, l'implantation post mortem d'embryons surnuméraires est possible.</p> <p><b>Art. 16.</b> Il ne pourra être procédé à l'implantation post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès dudit auteur. Toute disposition conventionnelle contraire à l'alinéa 1er de cet article sera nulle de plein droit.</p>	<p>L'article 22 bis de la Constitution belge prévoit que : « Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement. Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement. Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant ».</p>

**Art. 56.** A compter de l'insémination des gamètes donnés, les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental ayant reçu lesdits gamètes.

Aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte aux donneurs de gamètes. De même, aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux ne peut être intentée à l'encontre du ou des donneur(s) de gamètes par le(s) receveur(s) de gamètes et par l'enfant né de l'insémination de gamètes.

L'article 57 prévoit que le don est anonyme.

**Art. 58.** Si la personne prélevée décide d'affecter ses gamètes à un programme de don, le centre de fécondation consulté doit, outre l'obligation générale d'information prévue à l'article 6, l'informer loyalement sur la procédure de prélèvement et sur les conséquences de cette affectation.

**Art. 59.** L'affectation de gamètes à un programme de don de gamètes doit être expressément indiquée dans la convention prévue aux articles 7 et 42, conclue entre le donneur et le centre de fécondation consulté. Outre les mentions requises aux articles 7 et 42, la convention mentionne :

1° l'engagement pris par le donneur de se soumettre à tout examen et de fournir toutes les informations médicales nécessaires à la mise en oeuvre de la présente loi, afin de permettre au centre de fécondation de s'assurer du respect de la sécurité sanitaire des gamètes donnés,

2° dans le cas où les résultats

		<p>des examens visés au 1° s'avéreraient incompatibles avec le don, la destination que le donneur affecte auxdits gamètes, qu'elles soient détruites ou affectées à un protocole de recherche scientifique,</p> <p>3° dans le cas où le donneur refuserait ou s'abstiendrait ultérieurement de se soumettre aux examens visés au 1°, la destination que le donneur affecte auxdits gamètes, qu'elles soient détruites ou affectées à un protocole de recherche scientifique.</p> <p>Une fois que la procédure de don de gamètes est engagée, le don est irrévocable.</p> <p><b>Art. 64.</b>[§ 1er.]Sans préjudice de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, le centre de fécondation collecte pour chaque donneur de gamètes les informations suivantes :</p> <p>1° les informations médicales relatives au donneur de gamètes, susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître;</p> <p>2° les caractéristiques physiques du donneur de gamètes ;</p> <p>3° les informations nécessaires à l'application de la présente loi.</p>		
Brésil	<p>L'<b>article 1597</b> du Code civil 2002 relatif à la filiation présumée prévoit que :</p> <p><i>« Les enfants sont considérés conçus dans la constance du mariage : (...). III – si l'enfant a été conçu par insémination artificielle homologuée,</i></p>	<p>Le Point IV de la Résolution n° 2.121/2015 prévoit que :</p> <p>« - la donation ne pourra pas avoir un but lucratif ou commercial ;</p> <p>- les donateurs ne doivent pas connaître l'identité des récepteurs et vice-versa ;</p> <p>- l'âge limite pour la donation est de 35 ans pour les femmes et de 50 ans pour les hommes ;</p>	<p>Selon le Point VIII de La Résolution n° 2.121/2015, la « reproduction assistée <i>post mortem</i> » est admise à condition que le décédé ayant laissé un matériel biologique congelé y ait consenti.</p> <p>Les juges du fond admettent que l'existence du consentement peut être</p>	<p>Constitution de la République Fédérative du Brésil du 5 octobre 1988.</p> <p><b>Dispositions spécifiques sur le mariage :</b></p> <p><b>Art. 226.</b> La famille, base de la société, bénéficie d'une</p>



	<p><i>même après la mort du mari ;</i>  <i>IV – s’il est né à n’importe quel moment, s’il s’agit d’embryons excédents, résultant de conception artificielle homologue ;</i>  <i>V – si l’enfant a été conçu par insémination artificielle hétérologue, avec l’autorisation du mari ».</i></p> <p>La Résolution n° 2.121/2015 du Conseil National de l’Ordre des Médecins sur les normes éthiques pour l’utilisation de techniques de reproduction assistée, datant du 24 septembre 2015 prévoit que :</p> <p>« - les techniques de PMA ont un rôle auxiliaire dans la résolution des problèmes de reproduction humaine, en facilitant le processus de procréation ;</p> <p>- les techniques de PMA peuvent être utilisées dès lors qu’il y a une probabilité de succès et que les patients ou le futur enfant n’encourent pas un risque grave pour leur santé ou vie ;</p> <p>- l’âge pour les candidates à aux PMA ne peut dépasser 50 ans, sauf avis favorable du médecin responsable du traitement ; la patiente devra être informée et éclairée quant aux risques du traitement ;</p> <p>- un consentement libre et éclairé est exigé des patients et un devoir</p>	<p>- l’information relative à l’identité des donateurs étant protégée par le secret, cette information peut être accessible entre médecins seulement pour une raison médicale ;</p> <p>- les cliniques, les centres ou les services où la donation a lieu maintiennent un registre permanent contenant les données cliniques de caractère général, les caractéristiques phénotypiques et un échantillon du matériel cellulaire des donateurs conformément à la législation en vigueur ;</p> <p>- dans la région de l’unité de donation, le registre de l’état civil évitera qu’un donateur ait produit plus de deux gestations d’enfants de sexes opposés dans un territoire d’un million d’habitants ;</p> <p>- le choix des donateurs relève de la responsabilité du médecin assistant ; dans la mesure du possible, il assure la plus grande similitude phénotype et compatibilité avec la réceptrice ;</p> <p>- le personnel médical ne peut être donateur dans les programmes de PMA ;</p> <p>- la donation volontaire de gamètes masculin et la donation partagée d’ovocytes en PMA – il s’agit de l’hypothèse où tant la donatrice que la réceptrice ont un problème de reproduction et partagent tant le matériel biologique que les coûts de la PMA ; la donatrice a un droit de préférence sur le matériel biologique à être produit ».</p>	<p>prouvée par tous les moyens, y compris par témoin.</p>	<p>protection spéciale de l’Etat.  Paragraphe premier.  Le mariage est civil ; sa célébration est gratuite.  § 2. Le mariage religieux produit des effets civils selon les termes de la loi.  § 3. Au regard de la protection de l’Etat, l’union stable entre l’homme et la femme est reconnue comme une entité familiale ; la loi doit faciliter sa conversion en mariage.  § 4. Par entité familiale s’entend également la communauté formée par l’un quelconque des parents et ses descendants.  § 5. Les droits et devoirs afférents à la société conjugale sont exercés également par l’homme et par la femme.  § 6. Le mariage civil peut être dissous par divorce.  § 7. La planification familiale, fondée sur les principes de la dignité de la personne humaine et de la paternité responsable, est une libre décision du couple ; il incombe à l’Etat de fournir des moyens scientifiques et d’éducation pour l’exercice de ce droit ; toute manœuvre coercitive de la part d’institutions officielles ou privées est interdite.  § 8. L’Etat garantit son aide à la famille</p>
--	---	---	---	---

	<p>d'information ample et approfondie s'impose aux médecins et cliniques de PMA ;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- les techniques de PMA ne peuvent pas être appliquées pour sélectionner le sexe ou quelque autre caractéristique biologique du futur enfant, sauf lorsqu'il s'agit d'éviter des maladies ;</li> <li>- la fécondation d'ovocytes humains pour d'autres buts que la procréation humaine est interdite ;</li> <li>- le nombre d'ovocytes et d'embryons pouvant être transférés à la réceptrice ne peut être supérieur à quatre, en observant les échelles suivantes :</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>- femmes jusqu'à 35 ans : 2 embryons ;</li> <li>- femmes entre 36 et 39 : jusqu'à 3 embryons ;</li> <li>- femmes avec 40 ans ou plus : jusqu'à 4 embryons ».</li> </ul> <p>Le n° 2 du Point II de la Résolution admet l'emploi de la technique aux personnes célibataires, tout en réservant au médecin un droit d'objection à la procréation médicalement assisté en raison de sa conscience.</p> <p>Le n° 3 du Point II de la Résolution précise qu'en présence d'un couple féminin, la « gestation partagée » (hypothèse de transfert</p>			<p>en la personne de chacun de ses membres ; il crée des mécanismes visant à éliminer la violence en son sein.</p> <p><b>Dispositions spécifiques sur l'enfant :</b></p> <p><b>Art. 201.</b> Les plans de prévoyance sociale, moyennant cotisation, doivent répondre aux conditions suivantes, selon les termes de la loi: (...);</p> <p>III - protection de la maternité, spécialement pendant la grossesse (...).</p> <p><b>Art. 203.</b> L'aide sociale est accordée à quiconque en a besoin, indépendamment des cotisations à la sécurité sociale ; elle a pour objectifs: (...);</p> <p>II - la protection des enfants et adolescents indigents; (...).</p> <p><b>Art. 208.</b> L'Etat remplit son devoir en matière d'éducation en garantissant: (...)</p> <p>IV - l'éducation des enfants, dans des crèches et des établissements préscolaires, jusqu'à l'âge de 5 ans; (...);</p> <p><b>Art. 227.</b> Il est du devoir de la famille, de la société et de l'Etat d'assurer à l'enfant et à l'adolescent et aux</p>
--	---	--	--	--

	<p>ultérieur d'un embryon généré à partir de l'ovule de l'une des partenaires à l'utérus de l'autre) est autorisée même lorsqu'il n'y pas d'infertilité.</p>		<p>jeunes, en priorité absolue, le droit à la vie, à la santé, à l'alimentation, à l'éducation, aux loisirs, à la formation professionnelle, à la culture, à la dignité, au respect, à la liberté et à la coexistence familiale et communautaire; ils doivent également les défendre contre toute forme de négligence, de discrimination, d'exploitation, de violence, de cruauté et d'oppression.</p> <p>Paragraphe premier. L'Etat établit des programmes d'assistance intégrale à la santé de l'enfant et de l'adolescent et du jeune, auxquels peuvent participer les entités non gouvernementales et qui obéissent aux principes suivants:</p> <p>I - affectation d'un pourcentage des ressources publiques à l'assistance à la mère et à l'enfant;</p> <p>II - élaboration de programmes de prévention et de prise en charge spécialisée des handicapés physiques, sensoriels ou mentaux et d'intégration à la vie professionnelle et sociale, d'amélioration de l'accès aux biens et services collectifs, ainsi que d'élimination des obstacles architecturaux et de toute forme de discrimination.</p>
--	--	--	--

			<p>§ 2. La loi dispose sur les normes de construction des espaces de loisirs et édifices à usage public et sur la fabrication de véhicules de transport en commun, afin d'en garantir l'accès adéquat aux personnes handicapées.</p> <p>§ 3. Le droit à une protection spéciale comprend les dispositions suivantes:</p> <p>I - l'âge minimal d'entrée dans la vie active est de 14 ans, conformément aux dispositions de l'article 7 -XXXIII ci-dessus;</p> <p>II - la garantie des droits concernant la prévoyance sociale et la relation de travail;</p> <p>III - la garantie d'accès du travailleur adolescent et jeune à l'école;</p> <p>IV - la garantie de la connaissance pleine et formelle d'attribution d'infractions, l'égalité en matière de procédure judiciaire et de défense par un professionnel habilité, conformément à la législation tutélaire spécifique;</p> <p>V - l'obéissance aux principes de brièveté, de caractère exceptionnel et de respect de la condition particulière de la personne en développement dans l'application de toute</p>
--	--	--	---

			<p>peine privative de liberté;</p> <p>VI - l'encouragement de la puissance publique à l'accueil, sous forme de placement de l'enfant ou de l'adolescent orphelin ou abandonné, au moyen de l'assistance juridique, d'avantages fiscaux ou de subventions, selon les formes de la loi;</p> <p>VII - des programmes de prévention et d'accueil spécialisé pour l'enfant, pour l'adolescent et les jeunes dépendants de stupéfiants ou de drogues similaires.</p> <p>§ 4. La loi punit sévèrement l'abus, la violence et l'exploitation sexuelle exercés sur l'enfant et sur l'adolescent.</p> <p>§ 5. La puissance publique favorise l'adoption dans les formes de la loi, qui établit les cas et conditions auxquels celle ci peut être effectuée par des étrangers.</p> <p>§ 6. Les enfants issus ou non du mariage ou adoptés ont les mêmes droits et qualifications; toute désignation discriminatoire relative à la filiation est interdite.</p> <p>§ 7. En matière de droits de l'enfant et de l'adolescent, les dispositions de l'article 204 ci-dessus sont prises en considération.</p>
--	--	--	--

				<p><b>Art. 228.</b> Les personnes de moins de 18 ans sont irresponsables pénalement et soumises à une législation spéciale.</p> <p><b>Art. 229.</b> Les parents ont le devoir d'assister, élever et éduquer leurs enfants mineurs; les enfants majeurs ont le devoir d'aider et protéger leurs parents dans leur vieillesse ou en cas de carence ou de maladie.</p>
Espagne	<p>La loi 14/2006, du 26 mai 2006 relative aux techniques de reproduction humaine assistée prévoit des dispositions concernant la procréation médicalement assistée :</p> <p>Toutes les femmes de plus de 18 ans et dotée de la pleine capacité juridique peuvent être donneuses de gamètes ou bénéficiaires des techniques réglementées par la loi, à condition qu'elles aient donné un consentement écrit libre, conscient et explicite (<b>6.1</b>).</p> <p>L'information et le consentement doivent être faits dans des formes appropriées, en suivant les règles fixées de sorte qu'ils soient accessibles et compréhensibles pour les personnes handicapées (<i>art. 6.4, tel qu'ajouté par l'article 8 de la loi</i></p>	<p>Le don de gamètes et de pré-embryons aux fins autorisées est formalisé par un contrat à titre gratuit et confidentiel entre le donneur et le centre agréé (<b>art. 5.1</b>).</p> <p>Le don ne peut jamais avoir une nature lucrative ou commerciale. Une compensation est due seulement pour les des frais de voyage et d'inconfort physique et de perte de journées de travail. Toute publicité ou promotion par des centres agréés qui encouragerait le don de cellules et de tissus humains doit en respecter le caractère altruiste. Elle ne peut en aucun cas encourager les dons en offrant une compensation ou des avantages économiques (<b>art. 5.3</b>).</p> <p>L'accord doit être formalisé par écrit entre le donneur et le centre agréé. Avant sa formalisation, les donneurs doivent être informés des buts et des conséquences de l'acte. Les enfants nés par reproduction assistée ont le droit par eux-mêmes ou par leurs représentants légaux d'obtenir des informations générales sur le donneur qui</p>	<p>La filiation ne peut être établie que si, à la mort du mari, son épouse était déjà enceinte (<b>art. 9.1</b>) Toutefois, le mari peut donner son consentement dans un document public afin que ses gamètes soient utilisées dans les 12 mois suivants sa mort pour féconder son épouse. Le consentement à l'application des techniques dans de telles circonstances peut être révoqué à tout moment avant l'achèvement de celles-ci. Le consentement est présumé si, avant la mort du mari, son épouse avait été soumise à un processus de reproduction assistée déjà engagé en vue du transfert de pré-embryons (<b>art. 9.2</b>).</p> <p>Si le couple n'était pas marié, une procédure spécifique est prévue auprès de l'état civil selon l'article 44 de la loi 20/2011, du 21 Juillet 2011, sur l'état civil, sans préjudice d'une action</p>	<p>L'<b>article 32. 1.</b> de la Constitution prévoit que : « L'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en pleine égalité juridique.</p> <p>2. La loi détermine les formes du mariage, l'âge et la capacité de le contracter, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de leur séparation et de la dissolution du mariage et leurs effets ».</p> <p>L'<b>article 39. 1.</b> de la Constitution prévoit que : « Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille.</p> <p>2. Les pouvoirs publics assurent également la protection générale des enfants, qui sont égaux devant la loi indépendamment de leur filiation, et celle</p>

	<p>26/2011, du 1er Août sur l'adaptation normative de la Convention sur les droits des personnes handicapées).</p> <p>Peu importe l'état matrimonial et l'orientation sexuelle (<b>art.6.1</b>).</p> <p>Si la femme est mariée, le consentement de son mari est également nécessaire, sauf cas de séparation légale ou de fait (<b>art. 6.3</b>).</p> <p>Lorsqu'il s'agit d'une femme mariée, non séparée légalement ou de fait, avec une autre femme, celle-ci peut consentir, comme prévu dans la Loi sur l'enregistrement civil, à ce que l'enfant ait également une filiation établie à l'égard de son épouse (<i>art. 7.3, tel qu'ajouté par la disposition finale de la loi 19/2015, du 13 Juillet, sur les mesures de réforme administrative dans le domaine de l'administration de la justice et de l'état civil</i>).</p>	<p>n'incluent pas son identité. Le même droit appartient aux receveurs de gamètes et de pré-embryons. Seulement à titre exceptionnel, dans des circonstances extraordinaires impliquant un danger pour la vie ou la santé de l'enfant ou le cas échéant en vertu des lois de procédure pénale, l'identité du donneur peut être révélée, à condition que cela soit nécessaire pour éviter le danger ou pour obtenir le but légal proposé. Une telle divulgation est de nature restreinte et ne comporte aucune publicité de l'identité du donneur (<b>art. 5.5</b>).</p> <p>Les donneurs doivent avoir plus de 18 ans, être en bonne santé physique et mentale et posséder une pleine capacité d'agir. Leur état psychophysique doit répondre aux exigences d'un Protocole d'étude des donneurs qui comprend les caractéristiques phénotypiques et psychologiques et les conditions cliniques et les tests nécessaires pour démontrer, selon l'état des connaissances de la science et de la technique existant au moment de leur réalisation, que les donneurs ne souffrent pas de maladies génétiques, héréditaires ou transmissibles à la descendance. Ces mêmes conditions sont applicables à des échantillons de dons provenant d'autres Etats (<b>art. 5.6</b>).</p> <p>Le choix du donneur de sperme ne peut être fait que par l'équipe médicale appliquant la technique, pour préserver l'anonymat du don. En aucun cas, le donneur est choisi personnellement par la ou les bénéficiaire(s) (<b>art. 6.5</b>).</p> <p>Le nombre maximum autorisé des enfants nés en Espagne d'un même donneur ne doit pas être</p>	<p>judiciaire en réclamation de paternité (<b>art. 9.3</b>).</p>	<p>de leur mère, quel que soit son état civil. La loi rend possible la recherche de paternité.</p> <p>3. Les parents doivent prêter assistance dans tous les domaines à leurs enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, pendant leur minorité et dans les autres cas déterminés par la loi.</p> <p>4. Les enfants jouiront de la protection prévue par les accords internationaux garantissant leurs droits ».</p>
--	--	--	--	--

		supérieur à six. Aux fins de respect de cette limite, les donneurs doivent déclarer à chaque don s'ils en ont fait un autre auparavant et les conditions de celui-ci, ainsi qu'indiquer l'heure et le centre dans lequel ils l'avaient réalisé ( <b>art. 5.7</b> ). La vérification de ces données peut être faite en consultant le registre national des donneurs.		
Luxembourg	Pas de dispositions législatives pour l'instant, mais des perspectives existent <sup>1856</sup> .	<p>Actuellement, la législation luxembourgeoise ne prévoit pas de dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule. Malgré ce vide législatif, des établissements hospitaliers luxembourgeois pratiquent l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes.</p> <p>En outre, relativement au don de sperme et/ou d'ovule, la Commission Nationale d'Ethique du Grand-Duché de Luxembourg recommande, déjà depuis 2001, d'une part, « <i>de déterminer un statut juridique pour les banques de gamètes et d'embryons comportant en particulier les conditions pour établir et gérer ce type d'établissement</i> ». Elle recommande, d'autre part, « <i>de préciser les droits et obligations des banques de gamètes et d'embryons par rapport aux pouvoirs publics, aux donneurs et bénéficiaires de dons et des établissements hospitaliers autorisés à procéder à des actes de P.M.A.</i> ». Elle recommande, également, « <i>de garantir la gratuité des dons de gamètes</i> » et, enfin, « <i>de préserver l'anonymat des donneurs et la confidentialité des informations les concernant, d'un côté, et le</i></p>	<p>Actuellement, la législation luxembourgeoise ne prévoit pas de dispositions concernant le transfert d'embryon <i>post mortem</i>.</p> <p>En outre, relativement au transfert d'embryon <i>post mortem</i>, la Commission Nationale d'Ethique du Grand-Duché de Luxembourg a –, à une minorité de membres (cinq sur quinze) –, recommandé « <i>d'exclure, par une disposition légale l'insémination post mortem et le transfert d'embryons post mortem</i> ».</p>	<p>L'<b>article 21</b> de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose que : « <i>Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale</i> ».</p> <p>L'<b>article 23</b> de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg prévoit que : « <i>L'Etat veille à l'organisation de l'instruction primaire, qui sera obligatoire et gratuite et dont l'accès doit être garanti à toute personne habitant le Grand-Duché [...] Il crée des établissements d'instruction moyenne gratuite et les cours d'enseignement supérieur nécessaires. La loi détermine les moyens de subvenir à l'instruction publique ainsi que les conditions de surveillance par le Gouvernement et les communes ; elle règle</i></p>

<sup>1856</sup> Projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation, déposé le 25 avril 2013 devant la Chambre des Députés et toujours actuellement en cours de travaux parlementaires. Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale de la procréation, déposée le 24 mars 2015 devant la Chambre des Députés.



		<i>respect du droit des enfants à la vérité biologique, de l'autre ».</i>		<p><i>pour le surplus tout ce qui est relatif à l'enseignement et prévoit, selon des critères qu'elle détermine, un système d'aides financières en faveur des élèves et étudiants. Chacun est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et de fréquenter les universités de son choix, sauf les dispositions de la loi sur les conditions d'admission aux emplois et à l'exercice de certaines professions ».</i></p> <p><b>L'article 11.(1)</b> de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose que : « <i>L'Etat garantit <u>les droits naturels</u> de la personne humaine et de la famille</i> ».</p>
Portugal	L' <b>article 6</b> de la loi du 26 juillet 2006 (L n° 32/2006) prévoit que « Seuls les couples mariés qui ne sont pas séparés juridiquement ou séparés de fait ou ceux qui vivent dans des conditions analogues aux conjoints pendant au moins deux ans peuvent recourir aux techniques de la PMA ».	<p>L'<b>article 10</b> de la loi du 26 juillet 2006 (L. n° 32/2006) prévoit que : « Il peut être fait recours au don d'ovocytes, de spermatozoïdes ou d'embryons lorsque, face aux connaissances médicales scientifiques objectivement disponibles, il n'est pas possible d'obtenir une grossesse à travers le recours à une quelconque technique utilisant les gamètes des bénéficiaires et dès lors que sont assurées les conditions d'efficacité pour garantir la qualité des gamètes ».</p> <p>L'<b>article 19</b> de la loi du 26 juillet 2006 prévoit que « l'insémination avec le sperme</p>	Selon l' <b>article 22-3</b> de la loi du 26 juillet 2006 (L. n° 32/2006) : « le transfert post mortem d'embryon est licite pour permettre la réalisation d'un projet parental clairement établi par écrit avant le décès du père, sous réserve du respect du délai ajusté à la convenable réflexion de la décision ». L'insémination post mortem est quant à elle prohibée.	<p>L'<b>article 36</b> de la Constitution prévoit que : « 1-Toute personne a droit de construire une famille et de se marier dans des conditions de pleine égalité (...) 4- Les enfants nés hors mariage, ne peuvent faire l'objet de discrimination (...) »</p> <p><b>Article 67 :</b> 1- La famille, en tant qu'élément fondamental de la société, a le droit à la</p>

		<p>d'un tiers donneur ne peut être effectuée que lorsque, face aux connaissances médico-scientifiques objectivement disponibles, la femme ne peut être enceinte via l'insémination avec le sperme de son mari ou de la personne avec qui elle vit en union de fait ». L'article 20 de la même loi précise que l'enfant né de cet insémination sera considéré comme l'enfant du mari de la mère ou de la personne avec qui celle-ci vit en union de fait.</p>	<p>protection de la société et de l'Etat et à l'effectivité de toutes les conditions permettant la réalisation personnelle de ses membres</p> <p>2- Il incombe à l'Etat pour protéger la famille de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) promouvoir l'indépendance sociale et économique des ménages,</li> <li>b) de promouvoir la création et l'accès à un réseau national de crèches et d'autres équipements sociaux nécessaires à la famille, ainsi qu'une politique favorable au troisième âge,</li> <li>c) de coopérer avec les parents à l'éducation des enfants,</li> <li>d) de garantir, dans le respect de la liberté individuelle, le droit au planning familial, la promotion à l'information et à l'accès aux méthodes et aux moyens auxquels ils ont droit, à l'organisation de structures juridiques et techniques permettant l'exercice de la maternité et de la paternité en toute connaissance,</li> <li>e) réglementer la procréation assistée en termes de sauvegarde de la dignité de la personne humaine</li> <li>f) réguler les impôts et les bénéfices sociaux en harmonie</li> </ul>
--	--	--	---

				<p>avec les frais familiaux</p> <p>g) définir, en collaboration avec les associations représentatives des familles, et exécuter une politique familiale globale et intègre</p> <p>h) Promouvoir, à travers la concertation des diverses politiques sectorielles, la conciliation entre l'activité professionnelle et la vie familiale.</p> <p><b>Article 68 :</b></p> <p>1- Les père et mère ont le droit à la protection de la société et de l'Etat dans la réalisation de leur action irremplaçable dans les relations avec leur enfant, notamment quant à leur éducation, avec la garantie d'une réalisation professionnelle et de participation à la vie citoyenne du pays</p> <p>2- La maternité et la paternité constituent des valeurs sociales imminentes</p> <p>3- Les femmes enceintes bénéficient de droits spéciaux, notamment d'une dispense de travail pour une période déterminée sans perdre de rétributions ou autres revenus</p> <p>4- La loi accorde aux père et mère des congés parentaux en fonction des intérêts</p>
--	--	--	--	--

				<p>de l'enfant et des besoins du ménage</p> <p><b>Article 69 :</b>  1- Les enfants ont le droit d'être protégée par la société et l'Etat, spécialement contre les formes d'abandon, de discrimination et d'oppression, contre l'exercice abusif de l'autorité familiale et d'autres institutions  2- La loi assure particulièrement la protection des enfants orphelins, abandonnés ou privés d'une ambiance familiale normale.  3- Le travail des mineurs en âge d'être scolarisé est prohibé</p>
Royaume-Uni	<p>Il n'existe pas de restrictions quant à l'accès au traitement relatif à la procréation artificielle. La seule question est celle de savoir si le Gouvernement financera un tel traitement via la Sécurité sociale.</p> <p>Si un individu ou un couple n'est pas éligible au programme de financement du Gouvernement, il peut se diriger vers une clinique privée.</p>	<p>Seules les cliniques auxquelles a été délivré un agrément par l'Autorité pour la Fertilisation et l'Embryologie humaine peuvent conserver et utiliser des gamètes. Cependant, il n'y a aucune restriction en ce qui concerne les personnes admises à faire un don de gamètes.</p> <p>Ces gamètes peuvent être utilisés par les personnes dont ils proviennent, ou faire l'objet d'un don au profit d'autres individus ou de couples tiers. Une rémunération pouvant s'élever jusqu'à £ 750 peut être versée aux femmes qui font un don d'ovules. Une rémunération pouvant s'élever jusqu'à £ 35 peut être versée aux hommes qui font un don de sperme.</p> <p>La section 2 de la loi relative à la fertilisation et embryologie</p>	<p>En vertu de la Loi relative à la Fertilisation and l'Embryologie humaine de 2008, les individus ou les couples peuvent indiquer ce qu'ils souhaiteraient prévoir pour leur sperme, ovules ou embryons en cas de décès d'eux-mêmes ou de leur partenaire. Cette prévision doit être indiquée sur les formulaires signés lors du don de gamètes ou d'embryons.</p> <p>Le §2 de la section 3 de cette loi prévoit que :  « <i>Le consentement à la conservation de toute gamète, de tout embryon ou de mélange humain-animaux doit :</i></p>	<p>Absence de dispositions législatives sur ce point.</p>

		<p>humaine (1990) prévoit que : « <i>Le consentement à l'utilisation de tout embryon doit spécifier une ou plusieurs des finalités suivantes : Utilisation en vue d'un traitement de la personne ayant donné son consentement, ou de cette personne et d'une autre personne spécifiquement désignées ensemble, Utilisation en vue du traitement d'une personne autre que celle ayant donné son consentement ou, Utilisation aux fins de recherches. Il peut être spécifié les conditions auquel l'embryon peut être utilisé</i>».</p> <p>La section 4 de la loi relative à la fertilisation et l'embryologie humaine (2008) prévoit que :</p> <p>(1) Nul ne doit :</p> <p>(a) conserver des gamètes ni en faire une utilisation au profit du traitement de toute femme, -</p> <p>(b) conserver, utiliser du sperme autre que celui dont il a été fait don par le partenaire</p> <p>(c) utiliser les ovules, de la femme après traitement ou conservation ou,</p> <p>(d) Des ovules de toute autre femme ou un mélange de gamètes humaines avec celles de tout animal, sauf s'il s'agit d'obtenir un agrément.</p> <p>1(A) Aucune personne ne se procurera, ne testera, ne fabriquera ou ne distribuera des gamètes destinés à une utilisation humaine, sauf s'il s'agit d'obtenir un contrat d'accord avec un tiers.</p> <p>(2) Un agrément ne saurait autoriser la conservation ou l'utilisation des gamètes dans toute situation dans lesquelles les normes juridiques en prohibent la conservation ou l'utilisation.</p>	<p><i>Préciser la durée maximale de conservation, Sauf dans le cas énoncé au §c, il doit être indiqué quel sera le sort des gamètes, embryons, des mélanges humains-animaux si la personne ayant donné son consentement décide ou est frappé d'une incapacité parce que la personne n'a pas la capacité pour se prononcer sur ce point, pour modifier les dispositions, pour retirer le consentement, et Lorsque le consentement est donné sur la base des articles 8(2A) ou 13(2), il doit être énoncé quel doit être le sort des embryons, des mélanges humains-animaux si la personne concernée par ce consentement décide et donné (en toutes circonstances) les conditions spécifiques, relatives au maintien de la conservation des gamètes, embryons ou mélanges humain-animaux ».</i></p> <p>Le paragraphe 2(A) prévoit que : « <i>Le consentement à l'utilisation des cellules d'une personne humaine dans le but de créer in vitro un embryon ou un mélange humain-animal inclut sauf stipulation expresse contraire le consentement à l'utilisation des dites cellules après le décès de la personne</i> ».</p> <p>En termes d'attribution de la parentalité, il est possible de désigner</p>	
--	--	---	--	--

		<p><i>(3) Aucune personne n'introduira du sperme ou des ovules dans le corps d'une femme dans les cas prohibés spécialement par les normes juridiques saufs 'il s'agit d'obtenir un agrément.</i></p>	<p>l'homme comme le père ou le second parent d'un enfant né à la suite de ce traitement, s'il y a consenti et si les embryons ont été créés avant sa mort. Si les embryons n'ont pas encore été créés, le sperme peut encore être utilisé (si le consentement approprié a été donné), mais le donneur ne sera pas désigné comme le père légal.</p> <p>L'article 39 de la loi de 2008 prévoit l'utilisation des spermatozoïdes, du transfert de l'embryon après le décès de l'homme dont provient le sperme si :</p> <p><i>« L'enfant a été porté par une femme en tant que résultat de l'implantation dans son corps d'un embryon ou de sperme ou ovule ou encore de son insémination artificielle,</i></p> <p><i>La création d'un embryon porté par une femme a eu lieu sur la base de l'utilisation du sperme d'un homme après son décès ou de la création d'un embryon qui est le résultat de l'utilisation du sperme d'un homme avant son décès, mais l'embryon a été implanté dans le corps de la femme après son décès.</i></p> <p><i>L'homme a consenti par écrit (et n'a pas retiré son consentement)</i></p> <p><i>A l'utilisation de son sperme après sa mort laquelle a abouti à la création d'un embryon porté par une femme ou le cas échéant dont l'implantation de</i></p>	
--	--	---	---	--

			<p><i>l'embryon résulte de l'utilisation de son sperme avant sa mort, non implanté dans le corps de la femme après sa mort :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Sera considéré comme père de tout enfant qui résulterait de cette pratique</i></li> <li>- <i>La femme doit avoir choisi au plus tard à la fin d'un délai de 42 jours à compter de la date à laquelle l'enfant est né pour considérer l'homme comme le père de l'enfant.</i></li> </ul> <p><i>Personne d'autres ne sera traité :</i></p> <p><i>En tant que père de l'enfant en vertu de la section 35 ou 36 ou en vertu de la section 38 (2) ou (3)</i></p> <p><i>En tant que parent de l'enfant en vertu de la section 42 ou 43, l'homme doit être considéré comme le père de l'enfant au regard de l'objet mentionné dans la sous-section 3 »</i></p> <p><i>L'objectif du § (1) est de considérer le donneur comme le père de l'enfant dans le registre des naissances.</i></p> <p><i>L'article 40 de la loi de 2008 que l'embryon soit transféré après le décès du mari qui n'a pas fourni le sperme si :</i></p> <p><i>L'enfant est issu de la femme qui s'est vu implanter l'embryon l'embryon a été créé à l'époque où la mère était mariée à son mari</i></p> <p><i>La création de l'embryon</i></p>
--	--	--	---

			<p><i>ne résulte pas du sperme du mari</i></p> <p><i>Le mari est décédé avant l'implantation de l'embryon chez l'épouse, le mari a consenti par écrit:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><i>- à l'implantation de l'embryon chez sa femme après son décès,</i></li> <li><i>- au fait d'être considéré comme le père de l'enfant conformément aux dispositions de la section 4.</i></li> </ul> <p><i>La femme doit avoir choisi au plus tard à la fin d'un délai de 42 jours à compter de la date à laquelle l'enfant est né pour considérer l'homme comme le père de l'enfant.</i></p> <p><i>Si :</i></p> <p><i>l'enfant est issu de la femme qui s'est vu implanter l'embryon</i></p> <p><i>L'embryon n'a pas été créé à l'époque où la femme était mariée ou en partenariat, mais il a été créé dans le cadre d'un traitement offert à la femme au Royaume-Uni par une personne habilitée, l'homme doit avoir donné son consentement par écrit</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><i>- d'être considéré comme le père de l'enfant conformément à la section (4)</i></li> <li><i>- pour accorder l'implantation de l'embryon dans la femme après son décès</i></li> </ul> <p><i>la création de l'embryon ne résulte pas du sperme de cet homme, l'homme est décédé avant l'implantation de l'embryon chez la femme immédiatement avant le</i></p>	
--	--	--	---	--



			<p>décès de l'homme les conditions de paternité énoncées à l'article 37 par l'homme s'agissant du traitement proposé à la femme par une personne habilitée au Royaume-Uni,  La femme doit avoir choisi au plus tard à la fin d'un délai de 42 jours à compter de la date à laquelle l'enfant est né pour considérer l'homme comme le père de l'enfant  En tant que parent de l'enfant en vertu de la section 42 ou 43, l'homme doit être considéré comme le père de l'enfant au regard de l'objet mentionné dans la sous-section 3</p> <p>Personne d'autres ne sera traité :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En tant que père de l'enfant en vertu de la section 35 ou 36 ou en vertu de la section 38 (2) ou (3)</li> <li>- En tant que parent de l'enfant en vertu de la section 42 ou 43, l'homme doit être considéré comme le père de l'enfant au regard de l'objet mentionné dans la sous-section 3</li> </ul> <p>L'objectif du § (1) est de considérer le donneur comme le père de l'enfant dans le registre des naissances.</p>	
--	--	--	---	--

<p><b>Suisse</b></p>	<p>Selon l'<b>article 3</b> de la Loi du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée :</p> <p><sup>1</sup> La procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant.</p> <p><sup>2</sup> Elle est réservée aux couples:</p> <p><b>a.</b> à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du code civil, CC<sup>1</sup>), et</p> <p><b>b.</b> qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité.</p> <p><sup>3</sup> Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme.</p> <p><sup>4</sup> Il est interdit d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après sa mort.</p>	<p>L'<b>article 4</b> de la loi du 18 décembre 1998 prohibe le don d'ovules.</p> <p><b>Le don de sperme est organisé aux articles 18 et suivants de la loi :</b></p> <p>Art. 18 <b><u>Consentement du donneur et information</u></b></p> <p><sup>1</sup> Le sperme provenant d'un don peut être utilisé uniquement pour la procréation médicalement assistée et aux fins auxquelles le donneur a consenti par écrit.</p> <p><sup>2</sup> Le donneur doit, avant le don, être informé par écrit sur la situation juridique, en particulier sur le droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier du donneur (art. 27).</p> <p>Art. 19 <b><u>Choix des donneurs</u></b></p> <p><sup>1</sup> Les donneurs doivent être choisis avec soin selon des critères médicaux, à l'exclusion de tout autre critère ; en particulier, tout risque pour la santé de la femme qui reçoit le sperme doit être écarté autant que possible.</p> <p><sup>2</sup> Un homme ne peut donner son sperme qu'à un seul centre; il doit en être expressément informé avant le don.</p> <p>Art. 20 <b><u>Cession de sperme</u></b></p> <p><sup>1</sup> Le sperme provenant d'un don ne peut être cédé qu'à un médecin titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée; les données citées à l'art. 24, al. 2, doivent être transmises simultanément.</p> <p><sup>2</sup> La personne à laquelle a été cédé le sperme provenant d'un don veille à l'application de l'art. 22, al. 2.</p> <p>Art. 21 <b><u>Gratuité</u></b></p> <p>Le don de sperme ne peut donner lieu à rémunération.</p> <p>Art. 22 <b><u>Utilisation de sperme provenant de dons</u></b></p> <p><sup>1</sup> Il est interdit, durant le même cycle, d'utiliser du sperme</p>	<p>L'<b>article 3</b> de la loi du 18 décembre 1998 le prohibe.</p> <p>L'article 37 de la loi précise que sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende de 100000 francs au plus quiconque utilise intentionnellement les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après son décès.</p>	<p><b>Il faut se référer aux articles 11 et 14 de la Constitution suisse.</b></p> <p>Art. 11 <b><u>Protection des enfants et des jeunes</u></b></p> <p><sup>1</sup> Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.</p> <p><sup>2</sup> Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement.</p> <p>Art. 14 <b><u>Droit au mariage et à la famille</u></b></p> <p>Le droit au mariage et à la famille est garanti.</p>
----------------------	--	--	--	--

provenant de plusieurs donneurs.  
<sup>2</sup> Le sperme d'un même donneur ne peut être utilisé que pour la procréation de huit enfants au plus.  
<sup>3</sup> Aucun lien de parenté au sens de l'art. 95 CC<sup>1</sup> ne doit exister entre les personnes dont proviennent les gamètes.  
<sup>4</sup> Seuls le groupe sanguin et la ressemblance physique du donneur avec l'homme à l'égard duquel un lien de filiation sera établi sont déterminants lors de la sélection des spermatozoïdes.

Art. 23 **Lien de filiation**

<sup>1</sup> L'enfant conçu au moyen d'un don de sperme, conformément aux dispositions de la présente loi, ne peut pas contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère. L'action en désaveu du mari est régie par les dispositions du CC<sup>1</sup>.

<sup>2</sup> Lorsqu'un enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme, l'action en paternité contre le donneur (art. 261 ss CC) est exclue; elle est toutefois admise si le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession.

Art. 24 **Consignation des données**

<sup>1</sup> La personne qui conserve ou utilise du sperme provenant de dons doit consigner ceux-ci de manière sûre.

<sup>2</sup> Les données à consigner relativement aux donneurs sont en particulier les suivantes:  
**a.** nom et prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession et formation;  
**b.** date du don de sperme;

**c.** résultats des examens médicaux;  
**d.** renseignements sur l'aspect physique.

<sup>3</sup> En ce qui concerne la femme bénéficiaire du don de sperme et son mari, les données à consigner sont les suivantes:

**a.** nom et prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité;  
**b.** date de l'utilisation du sperme.

**Art. 25 Transmission des données**

<sup>1</sup> Le médecin traitant doit, immédiatement après la naissance de l'enfant, transmettre à l'Office fédéral de l'état civil (office) les données prévues à l'art. 24.

<sup>2</sup> S'il n'a pas connaissance de la naissance, il doit transmettre les données immédiatement après la date présumée de celle-ci, à moins qu'il ne soit établi que le traitement a échoué.

<sup>3</sup> Le Conseil fédéral édicte les dispositions nécessaires relatives à la protection des données.

**Art. 26 Conservation des données**

L'office conserve les données pendant 80 ans.

**Art. 27 Information**

<sup>1</sup> L'enfant âgé de 18 ans révolus peut obtenir de l'office les données concernant l'identité du donneur et son aspect physique (art. 24, al. 2, let. a et d).

<sup>2</sup> Lorsqu'il peut faire valoir un intérêt légitime, l'enfant, quel que soit son âge, a le droit d'obtenir toutes les données relatives au donneur (art. 24, al. 2).

<sup>3</sup> Avant que l'office ne communique à l'enfant les données relatives à l'identité du donneur, il en informe ce dernier, dans la mesure du

		<p>possible. Si le donneur refuse de rencontrer l'enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l'enfant maintient la demande déposée en vertu de l'al. 1, les données lui seront communiquées.</p> <p><sup>4</sup> Le Conseil fédéral peut confier le traitement des demandes à une commission fédérale.</p>		
--	--	---	--	--

## Questionnaire complémentaire - Espagne

Carmen Lazaro Paulo

### 1. Procréation médicalement assistée : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant la procréation médicalement assistée ?**

**Distinguez les conditions d'accès aux personnes seules de celles applicables aux couples de femmes.**

*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

Oui, la Loi 14/2006, du 26 mai, sur techniques de reproduction humaine assistée prévoit des dispositions concernant la procréation médicalement assistée.

Conditions d'accès aux techniques de reproduction assistée :

Toutes les femmes de plus de 18 ans ayant la pleine capacité juridique peuvent être donneuses ou bénéficiaires des techniques réglementées par la loi, à condition qu'elles aient donné un consentement écrit libre, conscient et explicite (6.1). L'information et le consentement doivent être faits dans des formes appropriées, en suivant les règles fixées de sorte qu'ils soient accessibles et compréhensibles pour les personnes handicapées (art. 6.4, tel qu'ajouté par l'article 8 de la loi 26/2011, du 1er Août sur l'adaptation normative de la Convention sur les droits des personnes handicapées).

Peu importe l'état matrimonial et l'orientation sexuelle (art.6.1).

Si la femme est mariée, le consentement de son mari est également nécessaire, sauf cas de séparation légale ou de fait (art. 6.3).

Lorsqu'il s'agit d'une femme mariée, non séparée légalement ou de fait, avec une autre femme, celle-ci peut consentir, comme prévu dans la Loi sur l'enregistrement civil, à ce que l'enfant ait également sa filiation établie à son égard (art. 7.3, tel qu'ajouté par la disposition finale de la loi 19/2015, du 13 Juillet, sur les mesures de réforme administrative dans le domaine de l'administration de la justice et de l'état civil).

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule ?**

*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

Le don de gamètes et de pré-embryons aux fins autorisées est formalisé par un contrat à titre gratuit et confidentiel entre le donneur et le centre agréé (art. 5.1). Le don ne devra jamais avoir une nature lucrative ou commerciale. Une compensation est due seulement au titre des frais de voyage et d'inconfort physique et de perte de journées de travail. Toute publicité ou promotion par des centres agréés qui encourage le don de cellules et de tissus humains doit en respecter le caractère altruiste. Elles ne peuvent en aucun cas encourager les dons en offrant une compensation ou des avantages économiques (art. 5.3). L'accord sera formalisé par écrit entre

---

<sup>1857</sup> Les premiers questionnaires de droit comparé figurent dans le rapport intermédiaire, validé par la Mission de recherche droit et Justice, V. site.

le donneur et le centre agréé. Avant sa formalisation, les donneurs doivent être informés des buts et des conséquences de l'acte.

Les enfants nés par reproduction assistée ont droit par eux-mêmes ou par leurs représentants légaux d'obtenir des informations générales sur le donneur qui n'incluent pas son identité. Le même droit appartient aux receveurs de gamètes et de pré-embryons. Seulement à titre exceptionnel, dans des circonstances extraordinaires impliquant un danger pour la vie ou la santé de l'enfant ou le cas échéant en vertu des lois de procédure pénale, on peut révéler l'identité du donneur, à condition que cette divulgation soit nécessaire pour éviter le danger ou pour obtenir le but légal proposé. Une telle divulgation est de nature restreinte et ne comporte aucune publicité de l'identité des donneurs (art. 5.5).

Les donneurs doivent avoir plus de 18 ans, être en bonne santé physique et mentale et posséder la pleine capacité juridique. Leur état psychophysique doit répondre aux exigences d'un Protocole d'étude des donneurs qui comprend les caractéristiques phénotypiques et psychologiques et les conditions cliniques et les tests nécessaires pour démontrer, selon l'état des connaissances de la science et de la technique existant au moment de leur réalisation, que les donneurs ne souffrent pas de maladies génétiques, héréditaires ou transmissibles à la descendance. Ces mêmes conditions sont applicables à des échantillons de dons provenant d'autres Etats (art. 5.6).

Le choix du donneur de sperme ne peut être fait que par l'équipe médicale appliquant la technique, pour préserver l'anonymat du don. En aucun cas, le donneur n'est choisi personnellement par la bénéficiaire (art. 6.5)

Le nombre maximum autorisé d'enfants nés en Espagne et issus des gamètes d'un même donneur ne doit pas être supérieur à six. Aux fins de respect efficace de cette limite, les donneurs doivent déclarer à chaque don s'ils en ont fait un autre auparavant et les conditions de celui-ci, ainsi que l'heure et le centre dans lequel ils avaient réalisés de tels dons (art. 5.7). La vérification de ces données peut être faite en consultant le registre national des donneurs.

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le transfert d'embryon post mortem (ou le don d'embryon post mortem, selon la terminologie en usage dans votre législation) ?**

**Si oui, sous quelles conditions ce transfert est-il réalisé ?**

*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

La règle générale est que la filiation ne peut être établie que si, à la mort du mari, son épouse était déjà enceinte (art. 9.1) Toutefois, le mari peut donner son consentement dans un document public afin que ses cellules reproductives soient utilisées dans les 12 mois suivant sa mort pour féconder son épouse. Le consentement à l'application des techniques médicales dans de telles circonstances peut être révoqué à tout moment avant l'achèvement de leur mise en œuvre. Le consentement est présumé si, avant la mort du mari, le conjoint survivant avait été soumis à un processus de reproduction assistée déjà engagé en vue du transfert de pré-embryons (art. 9.2).

Si le couple n'était pas marié, il faut une procédure spécifique auprès de l'état civil selon l'article 44 de la loi 20/2011, du 21 Juillet, de l'état civil, sans préjudice d'une action judiciaire en réclamation de paternité (art. 9.3).

## **2. Mariage et droits de l'enfant**

### **Dispositions de la Constitution relatives au mariage et à l'enfant**

Art. 32. 1. L'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en pleine égalité juridique.

2. La loi détermine les formes du mariage, l'âge et la capacité de le contracter, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de leur séparation et de la dissolution du mariage et leurs effets.

Art. 39. 1. Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille.

2. Les pouvoirs publics assurent également la protection générale des enfants, qui sont égaux devant la loi indépendamment de leur filiation, et celle de leur mère, quel que soit son état civil. La loi rend possible la recherche de paternité.

3. Les parents doivent prêter assistance dans tous les domaines à leurs enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, pendant leur minorité et dans les autres cas que déterminés par la loi.
4. Les enfants jouiront de la protection prévue par les accords internationaux garantissant leurs droits.



# Questionnaire complémentaire Royaume-Uni

Claire Fenton-Glynn

## 1. Procréation médicalement assistée : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant la procréation médicalement assistée ?**  
**Distinguez les conditions d'accès aux personnes seules de celles applicables aux couples de femmes.**  
*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

There is no restriction on receiving treatment relating artificial procreation. The only question is whether the government will fund such treatment via the National Health Service. Eligibility for such funding will be decided according to the National Institute for Health Care Excellence (NICE).

*Il n'existe pas de restrictions quant à l'accès au traitement relatif à la procréation artificielle. La seule question est celle de savoir si le Gouvernement financera un tel traitement via la Sécurité sociale. L'éligibilité pour un tel traitement sera décidée par la NICE.*

If an individual or couple are not eligible for government funding, they can go to a private clinic.  
*Si un individu ou un couple n'est pas éligible au programme de financement du Gouvernement, il peut se diriger vers une clinique privée.*

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule ?**  
*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

Only clinics with a licence from the Human Fertilisation and Embryology Authority can store, and use, gametes. However, there are no legal restrictions on who can donate.

*Seules les cliniques auxquelles a été délivré un agrément par l'Autorité pour la Fertilisation et l'Embryologie humaine peuvent conserver et utiliser des gamètes. Cependant, il n'y a aucune restriction en ce qui concerne les personnes admises à faire un don de gamètes.*

These gametes can be used by the individuals themselves, or be donated for use by other individuals/couples.

*Ces gamètes peuvent être utilisés par les personnes dont ils proviennent ou faire l'objet d'un don au profit d'autres individus ou de couples tiers.*

Payments of up to £750 can be made to women who donate eggs. Payments of up to £35 per clinic visit can be made to men who donate sperm.

*Une rémunération pouvant s'élever jusqu'à £ 750 peut être versée aux femmes qui font un don d'ovules. Une rémunération pouvant s'élever jusqu'à £ 35 peut être versée aux hommes qui font un don de sperme.*

### **Human Fertilisation and Embryology Act 1990** **Schedule 3, Section 2**

- (1) *A consent to the use of any embryo must specify one or more of the following purposes—*  
*Le consentement à l'utilisation de tout embryon doit spécifier une ou plusieurs des finalités suivantes-*
  - (a) *use in providing treatment services to the person giving consent, or that person and another*

*specified person together, Utilisation en vue d'un traitement de la personne ayant donné son consentement, ou de cette personne et d'une autre personne spécifiquement désignées ensemble,*

- (b) use in providing treatment services to persons not including the person giving consent, or Utilisation en vue du traitement d'une personne autre que celle ayant donné son consentement ou,*
- (c) use for the purposes of any project of research, Utilisation aux fins de recherches*

*and may specify conditions subject to which the embryo may be so used. Il peut être spécifié les conditions auquel l'embryon peut être utilisé*

#### **Human Fertilisation and Embryology Act 2008**

##### **4 Prohibitions in connection with gametes.**

*(1) No person shall—Nul ne doit :*

- (a) store any gametes, or in the course of providing treatment services for any woman, use— conserver des gamètes ni en faire une utilisation au profit du traitement de toute femme, -*
  - (i) any sperm, other than partner-donated sperm which has been neither processed nor stored, conserver, utiliser du sperme autre que celui dont il a été fait don par le partenaire*
  - (ii) the woman's eggs after processing or storage, utiliser les ovules, de la femme après traitement ou conservation ou,*
  - (iii) the eggs of any other woman, or mix gametes with the live gametes of any animal, except in pursuance of a licence.*

*Des ovules de toute autre femme ou un mélange de gamètes humaines avec celles de tout animal, sauf s'il s'agit d'obtenir un agrément.*

*(1A) No person shall procure, test, process or distribute any gametes intended for human application except in pursuance of a licence or a third party agreement.*

*Aucune personne ne se procurera, ne testera, ne fabriquera ou ne distribuera des gamètes destinés à une utilisation humaine, sauf s'il s'agit d'obtenir un contrat d'accord avec un tiers.*

*(2) A licence cannot authorise storing or using gametes in any circumstances in which regulations prohibit their storage or use.*

*Un agrément ne saurait autoriser la conservation ou l'utilisation des gamètes dans toute situation dans lesquelles les normes juridiques en prohibent la conservation ou l'utilisation.*

*(3) No person shall place sperm and eggs in a woman in any circumstances specified in regulations except in pursuance of a licence.*

*Aucune personne n'introduira du sperme ou des ovules dans le corps d'une femme dans les cas prohibés spécialement par les normes juridiques sauf s'il s'agit d'obtenir un agrément.*

*(4) Regulations made by virtue of subsection (3) above may provide that, in relation to licences only to place sperm and eggs in a woman in such circumstances, sections 12 to 22 of this Act shall have effect with such modifications as may be specified in the regulations.*

*Les normes juridiques établies sus la base de la sous section 3 ci-dessus pourront s'appliquer dans le cadre de contrats exclusivement relatifs à du sperme ou des ovules introduits dans le corps d'une femme et les dispositions de la section 12 et 22 de la présente loi ne prendra effets avec de telles modifications tel que spécifié dans les normes juridiques en cours.*

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le transfert d'embryon post mortem (ou le don d'embryon post mortem, selon la terminologie en usage dans votre législation) ?**

**Si oui, sous quelles conditions ce transfert est-il réalisé ?**

**Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.**

Under the **Human Fertilisation and Embryology Act 2008**, individuals/couples can specify what they would like to happen to their sperm, eggs and embryos in the event of death of

themselves or their partner. This will be set out on the forms that are signed when donating the gametes.

En vertu de la Loi relative à la Fertilisation and l'Embryologie humaine de 2008, les individus ou les couples peuvent indiquer ce qu'ils souhaiteraient prévoir pour leur sperme, ovules ou embryons en cas de décès d'eux-mêmes ou de leur partenaire. Cette prévision doit être indiquée sur les formulaires signés lors du don de gamètes ou d'embryons.

***Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (amending the HFEA 1990)***  
***Schedule 3, Section 2***

(2) *A consent to the storage of any gametes, any embryo or any human admixed embryo must—  
Le consentement à la conservation de toute gamète, de tout embryon ou de mélange humain-animaux doit :*

(a) *specify the maximum period of storage (if less than the statutory storage period),  
préciser la durée maximale de conservation,*

(b) *except in a case falling within paragraph (c), state what is to be done with the gametes, embryo or human admixed embryo if the person who gave the consent dies or is unable, because the person lacks capacity to do so, to vary the terms of the consent or to withdraw it, and*

*Sauf dans le cas énoncé au §c, il doit être indiqué quel sera le sort des gamètes, embryons, des mélanges humains-animaux si la personne ayant donné son consentement décède ou est frappé d'une incapacité parce que la personne n'a pas la capacité pour se prononcer sur ce point, pour modifier les dispositions, pour retirer le consentement, et*

(c) *where the consent is given by virtue of paragraph 8(2A) or 13(2), state what is to be done with the embryo or human admixed embryo if the person to whom the consent relates dies, and may (in any case) specify conditions subject to which the gametes, embryo or human admixed embryo may remain in storage.*

*Lorsque le consentement est donné sur la base des articles 8(2A) ou 13(2), il doit être énoncé quel doit être le sort des embryons, des mélanges humains-animaux si la personne concernée par ce consentement décède et donné (en toutes circonstances) les conditions spécifiques, relatives au maintien de la conservation des gamètes, embryons ou mélanges humain-animaux.*

(2A) *A consent to the use of a person's human cells to bring about the creation in vitro of an embryo or human admixed embryo is to be taken unless otherwise stated to include consent to the use of the cells after the person's death.*

*Le consentement à l'utilisation des cellules d'une personne humaine dans le but de créer in vitro un embryon ou un mélange humain-animal inclut sauf stipulation expresse contraire le consentement à l'utilisation des dites cellules après le décès de la personne*

In terms of the allocation of parenthood, it is possible for the man to named as the father or second parent of a child born as a result of this treatment, so long as they consent to this and the embryos are created before their death. If the embryos have not yet been created, the sperm can still be used (if appropriate consent has been given) but the man will not be named as the legal father.

En termes d'attribution de la parentalité, il est possible de désigner l'homme comme le père ou le second parent d'un enfant né à la suite de ce traitement, s'il y a consenti et si les embryons ont été créés avant sa mort. Si les embryons n'ont pas encore été créés, le sperme peut encore être utilisé (si le consentement approprié a été donné), mais le donneur ne sera pas désigné comme le père légal.

***Human Fertilisation and Embryology Act 2008***

***39 Use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm Utilisation des spermatozoïdes, du transfert d'embryon après le décès de l'homme dont provient le sperme :***

(1) *If— Si*

(a) *the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination,*

*L'enfant a été porté par une femme en tant que résultat de l'implantation dans son corps d'un embryon ou de sperme ou ovule ou encore de son insémination artificielle,*

*(b) the creation of the embryo carried by W was brought about by using the sperm of a man after his death, or the creation of the embryo was brought about using the sperm of a man before his death but the embryo was placed in W after his death,*

*La création d'un embryon porté par une femme a eu lieu sur la base de l'utilisation du sperme d'un homme après son décès ou de la création d'un embryon qui est le résultat de l'utilisation du sperme d'un homme avant son décès, mais l'embryon a été implanté dans le corps de la femme après son décès.*

*(c) the man consented in writing (and did not withdraw the consent)—*

*L'homme a consenti par écrit (et n'a pas retiré son consentement)*

*(i) to the use of his sperm after his death which brought about the creation of the embryo carried by W or (as the case may be) to the placing in W after his death of the embryo which was brought about using his sperm before his death, and*

*A l'utilisation de son sperme après sa mort laquelle a abouti à la création d'un embryon porté par une femme ou la cas échéant dont l'implantation de l'embryon résulte de l'utilisation de son sperme avant sa mort, non implanté dans le corps de la femme après sa mort*

*(ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of any resulting child, Sera considéré comme père de tout enfant qui résulterait de cette pratique*

*(iii) W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of the child, and*

*La femme doit avoir choisi au plus tard à la fin d'un délai de 42 jours à compter de la date à laquelle l'enfant est né pour considérer l'homme comme le père de l'enfant*

*(d) no-one else is to be treated— personne d'autres ne sera traité*

*(i) as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3)*

*En tant que père de l'enfant en vertu de la section 35 ou 36 ou en vertu de la section 38 (2) ou (3)*

*(ii) as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption, then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of the child.*

*En tant que parent de l'enfant en vertu de la section 42 ou 43, l'homme doit être considéré comme le père de l'enfant au regard de l'objet mentionné dans la sous section 3*

*(3) The purpose referred to in subsection (1) is the purpose of enabling the man's particulars to be entered as the particulars of the child's father in a relevant register of births.*

*L'objectif du § (1) est de considérer le donneur comme le père de l'enfant dans le registre des naissances*

***40 Embryo transferred after death of husband etc. who did not provide sperm Embryon transféré après le décès du mari qui n'a pas fourni le sperme (1) If—***

*(a) the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo, l'enfant est issu de la femme qui s'est vu implanter l'embryon*

*(b) the embryo was created at a time when W was a party to a marriage with a man, l'embryon a été créé à l'époque où la mère était mariée à son mari*

*(c) the creation of the embryo was not brought about with the sperm of the other party to the marriage,*

*La création de l'embryon ne résulte pas du sperme du mari*

*(d) the other party to the marriage died before the placing of the embryo in W,*

*Le mari est décédé avant l'implantation de l'embryon chez l'épouse,*

*(e) the other party to the marriage consented in writing (and did not withdraw the consent)— le mari a consenti par écrit:*

*(i) to the placing of the embryo in W after his death, and*

*à l'implantation de l'embryon chez sa femme après son décès,*

*(ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of any resulting child,*

*au fait d'être considéré comme le père de l'enfant conformément aux dispositions de la section 4*

- (f) *W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child, and*

*La femme doit avoir choisi au plus tard à la fin d'un délai de 42 jours à compter de la date à laquelle l'enfant est né pour considérer l'homme comme le père de l'enfant*

(g) *no-one else is to be treated— personne d'autres ne sera traité*

(i) *as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3), or En tant que père de l'enfant en vertu de la section 35 ou 36 ou en vertu de la section 38 (2) ou (3)*

(ii) *as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption, then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child. En tant que parent de l'enfant en vertu de la section 42 ou 43, l'homme doit être considéré comme le père de l'enfant au regard de l'objet mentionné dans la sous section 3*

(2) *If—si*

(a) *the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo, l'enfant est issu de la femme qui s'est vu implanter l'embryon*

(b) *the embryo was not created at a time when W was a party to a marriage or a civil partnership but was created in the course of treatment services provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies,*

*L'embryon n'a pas été créé à l'époque où la femme était mariée ou en partenariat, mais il a été créé dans le cadre d'un traitement offert à la femme au Royaume-Uni par une personne habilitée,*

(c) *a man consented in writing (and did not withdraw the consent)— l'homme doit avoir donné son consentement par écrit*

(i) *to the placing of the embryo in W after his death, and pour accorder l'implantation de l'embryon dans la femme après son décès,*

(ii) *to being treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of any resulting child, d'être considéré comme le père de l'enfant conformément à la section (4)*

(d) *the creation of the embryo was not brought about with the sperm of that man, la création de l'embryon ne résulte pas du sperme de cet homme,*

(e) *the man died before the placing of the embryo in W,*

*l'homme est décédé avant l'implantation de l'embryon chez la femme*

(f) *immediately before the man's death, the agreed fatherhood conditions set out in section 37 were met in relation to the man in relation to treatment proposed to be provided to W in the United Kingdom by a person to whom a licence applies, immédiatement avant le décès de l'homme les conditions de paternité énoncées à l'article 37 par l'homme s'agissant du traitement proposé à la femme par une personne habilitée au Royaume-Uni,*

(g) *W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child, and*

*La femme doit avoir choisi au plus tard à la fin d'un délai de 42 jours à compter de la date à laquelle l'enfant est né pour considérer l'homme comme le père de l'enfant*

(h) *no-one else is to be treated—as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3),*

*personne d'autres ne sera traité*

*En tant que père de l'enfant en vertu de la section 35 ou 36 ou en vertu de la section 38 (2) ou (3)*

(ii) *as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption, then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection (4) as the father of the child.*

*En tant que parent de l'enfant en vertu de la section 42 ou 43, l'homme doit être considéré comme le père de l'enfant au regard de l'objet mentionné dans la sous section 3*

*(4) The purpose referred to in subsections (1) and (2) is the purpose of enabling the man's particulars to be entered as the particulars of the child's father in a relevant register of births.  
L'objectif du § (1) est de considérer le donneur comme le père de l'enfant dans le registre des naissances*

## **2. Adoption : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous**

- **Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par une personne seule ?**

**Précisez quels en sont les effets ?**

**Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.**

Single persons can adopt in England and Wales. The effect of the adoption, and the conditions for it, are no different than for an adoption by two persons.

Les personnes seules peuvent adopter un enfant en Angleterre et au Pays de Galles. L'effet de l'adoption et les conditions pour celles-ci ne sont pas différents de ceux d'une adoption effectuée par deux personnes.

### **Section 49 – Adoption and Children Act Applications for adoption**

*(1) An application for an adoption order may be made by\_ Une demande d'agrément d'adoption peut être faite par*

*(a) a couple, or un couple ou*

*(b) one person, une personne seule*

*but only if it is made under section 50 or 51 and one of the following conditions is met.  
si les conditions des sections 50 ou 51 sont respectées,*

*(2) The first condition is that at least one of the couple (in the case of an application under section 50) or the applicant (in the case of an application under section 51) is domiciled in a part of the British Islands.  
La première condition est qu'au moins l'un des deux membres du couple (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 50) ou le demandeur (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 51) soit domicilié sur l'une des îles britanniques*

*(3) The second condition is that both of the couple (in the case of an application under section 50) or the applicant (in the case of an application under section 51) have been habitually resident in a part of the British Islands for a period of not less than one year ending with the date of the application.  
La deuxième condition est que les deux membres du couple (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 50) ou le demandeur (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 51) aient eu leur résidence habituelle sur l'une des îles britanniques pour une période d'au moins un an au jour de la date de la demande.*

*(4) An application for an adoption order may only be made if the person to be adopted has not attained the age of 18 years on the date of the application.  
Une demande d'agrément à l'adoption ne peut être faite que si l'adopté n'a pas atteint l'âge de 18 ans à la date de la demande.*

*(5) References in this Act to a child, in connection with any proceedings (whether or not concluded) for adoption, (such as "child to be adopted" or "adopted child") include a person who has attained the age of 18 years before the proceedings are concluded.  
Dans la présente loi relative à l'enfant, les dispositions relatives à la conclusion de procédure d'adoption mentionnant les expressions « l'enfant à adopter » ou « l'enfant adopté » visent l'enfant de moins de 18 ans.*

### **Section 51 – Adoption and Children Act 2002 Adoption by one person**

(1) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is not married.

*Une ordonnance d'adoption peut être délivrée à la demande d'une personne qui a atteint l'âge de 21 ans et qui n'est pas mariée.*

(2) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years if the court is satisfied that the person is the partner of a parent of the person to be adopted.

*Un agrément d'adoption peut être délivré à la demande d'une personne qui atteint l'âge de 21 ans si le tribunal a décidé que cette personne était le partenaire du parent de l'enfant à adopter.*

(3) An adoption order may be made on the application of one person who has attained the age of 21 years and is married if the court is satisfied that— *Une ordonnance d'adoption peut être faite sur la demande d'une personne qui a atteint l'âge de 21 ans et qui est mariée sous réserve que le juge décide que :*

*(a) the person's spouse cannot be found, le conjoint de la personne ne peut être trouvé*

*(b) the spouses have separated and are living apart, and the separation is likely to be permanent, or les conjoints sont séparés et vivent séparément et la séparation est susceptible d'être permanente ou,*

*(c) the person's spouse is by reason of ill-health, whether physical or mental, incapable of making an application for an adoption order. Le conjoint de la personne est en mauvaise santé, que ce soit pour une incapacité mentale ou physique, rendant impossible la demande d'ordonnance d'adoption*

(4) An adoption order may not be made on an application under this section by the mother or the father of the person to be adopted unless the court is satisfied that— *une ordonnance d'adoption ne peut être faite sur une demande en vertu du présent article par la mère ou le père de la personne adoptée, sauf si le tribunal décide que :*

*(a) the other natural parent is dead or cannot be found, l'autre parent naturel est décédé ou ne peut être trouvé*

*(b) by virtue of section 28 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37), there is no other parent, or en vertu de la section 28 de loi relative à la fertilisation et l'embryologie humaine de 1990 il n'y a pas d'autres parents ou*

*(c) there is some other reason justifying the child's being adopted by the applicant alone, il existe une autre raison pour que l'enfant soit adopté par le seul requérant*

*and, where the court makes an adoption order on such an application, the court must record that it is satisfied as to the fact mentioned in paragraph (a) or (b) or, in the case of paragraph (c), record the reason.*

*Si le tribunal décide d'un tel agrément, il doit mentionner que cela satisfait aux dispositions du paragraphe (a) et (b) ou enregistrer le motif si cela correspond au paragraphe (c)*

-  **Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par un couple de personnes de même sexe :**

- **mariées ensemble ?**
- **de partenaires enregistrés ?**
- **de concubins ?**

**Précisez quels en sont les effets ?**

**Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.**

Adoption is permitted by two persons of the same sex who are married, in a civil partnership, or in an « enduring family relationship ». This means that they have been living together, in a marital like relationship, for over two years.

L'adoption est autorisée pour deux personnes du même sexe qui sont mariées, engagées dans un partenariat civil, ou dans une « relation familiale durable ». C'est-à-dire si elles ont vécu ensemble dans une relation conjugale depuis plus de deux ans.

There is no difference in the effect of this adoption than any other adoption.

**Section 49 – Adoption and Children Act**

**Applications for adoption**

(1) An application for an adoption order may be made by—*une demande d'adoption peut être faite par*

(a) a couple, or *un couple ou*

(b) one person, *une personne seule*

but only if it is made under section 50 or 51 and one of the following conditions is met.

*Mais seulement si les conditions des sections 50 ou 51 sont respectées,*

(2) The first condition is that at least one of the couple (in the case of an application under section 50) or the applicant (in the case of an application under section 51) is domiciled in a part of the British Islands. *La première condition est qu'au moins l'un des deux membres du couple (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 50) ou le demandeur (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 51) soit domicilié sur l'une des îles britanniques*

(3) The second condition is that both of the couple (in the case of an application under section 50) or the applicant (in the case of an application under section 51) have been habitually resident in a part of the British Islands for a period of not less than one year ending with the date of the application.

*La deuxième condition est que les deux membres du couple (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 50) ou le demandeur (dans le cas d'une demande en vertu de l'article 51) aient eu leur résidence habituelle sur l'une des îles britanniques pour une période d'au moins un an au jour de la date de la demande.*

(4) An application for an adoption order may only be made if the person to be adopted has not attained the age of 18 years on the date of the application.

*Une demande d'ordonnance d'adoption ne peut être faite que si l'adopté n'a pas atteint l'âge de 18 ans à la date de la demande.*

(5) References in this Act to a child, in connection with any proceedings (whether or not concluded) for adoption, (such as “child to be adopted” or “adopted child”) include a person who has attained the age of 18 years before the proceedings are concluded.

*Dans la présente loi relative à l'enfant, les dispositions relatives à la conclusion de procédure d'adoption mentionnant les expressions « l'enfant à adopter » ou « l'enfant adopté » visent l'enfant de moins de 18 ans.*

**Section 144 – Adoption and Children Act 2002**

(4) In this Act, a couple means— *dans la présente loi, le couple visé est*

(a) a married couple, or in a civil partnership, *un couple marié ou lié par un partenariat civil*

(b) two people (whether of different sexes or the same sex) living as partners in an enduring family relationship. *Deux personnes (de sexe différent ou de même sexe) qui vivent en concubinage dans une relation familiale durable.*

**3. Mariage et droit de l'enfant**

**Quelles sont les dispositions dans votre Constitution relatives au mariage et à l'enfant ?**

Pas de Constitution au Royaume-Uni.



# Questionnaire complémentaire - Le Luxembourg

Jordane Segura

## 1. Procréation médicalement assistée : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant la procréation médicalement assistée ?**

***Droit positif luxembourgeois.*** Actuellement, la législation luxembourgeoise ne prévoit pas de dispositions concernant la procréation médicalement assistée, à l'exception de la seule évocation de l'insémination artificielle, par l'article 312, alinéa 3 du Code civil, relatif au désaveu de paternité. Cet article dispose que : « *Le désaveu n'est cependant pas recevable s'il est établi, par tous moyens de preuve, que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle<sup>1858</sup>, soit des œuvres du mari, soit des œuvres d'un tiers du consentement écrit du mari* ».

Ainsi, comme le souligne la Commission Nationale d'Ethique du Grand-Duché de Luxembourg, les techniques de procréation médicalement assistée « *ne sont donc pas visées par des normes législatives qui en fixeraient les conditions d'accès, délimiteraient les techniques auxquelles le recours est autorisé ou réglementeraient les procédures ou critères scientifiques, psychologiques, médicaux ou sanitaires s'imposant à la mise en œuvre des techniques. [...] Les conditions d'accès ainsi que les techniques et leurs critères d'utilisation sont définies par la pratique, qui a induit la constitution de comités scientifiques ou éthiques regroupant des professionnels du secteur de santé et qui prennent des décisions au cas par cas* »<sup>1859</sup>.

Même en l'absence de dispositions légales ou réglementaires concernant la procréation médicalement assistée, celle-ci se pratique au Luxembourg, notamment au sein du Centre Hospitalier de Luxembourg.

Toutefois, afin de faire cesser le vide juridique actuel, plusieurs institutions nationales recommandent de légiférer sur ce point et de réglementer les pratiques de la procréation médicalement assistée. Il en est ainsi, notamment, du Comité Luxembourgeois des Droits de l'Enfant – appelé « *Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand* » (ORK) –<sup>1860</sup>, ou encore de la Commission Nationale d'Ethique<sup>1861</sup> et de la Commission Consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg<sup>1862</sup>.

***Projet et proposition de lois en cours de travaux parlementaires.*** En outre, le projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation<sup>1863</sup> – déposé le 25 avril 2013 devant la Chambre des Députés et toujours, actuellement, en cours de travaux parlementaires – prévoit d'introduire, dans le Code civil luxembourgeois, une nouvelle section spéciale, consacrée à l'assistance médicale à la procréation. Cette section comporterait trois dispositions, inspirées des articles 311-19 et 311-20 du Code civil français.

---

<sup>1858</sup> Souligné par nous.

<sup>1859</sup> Cf. Commission Nationale d'Ethique, Avis 26, « *PMA, GPA, accouchement anonyme : autant de défis éthiques pour la société* », pages 11 et 12.

<sup>1860</sup> Cf. *Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand* (ORK), « *Rapport 2012 au Gouvernement et à la Chambre des Députés* », page 5.

<sup>1861</sup> Cf. Commission Nationale d'Ethique, Avis 26, « *PMA, GPA, accouchement anonyme : autant de défis éthiques pour la société* », page 15.

<sup>1862</sup> Cf. Commission Consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg, Avis 03/2015 sur le projet de loi 6568 portant réforme du droit de la filiation et la proposition de loi 5553 portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, page 3.

<sup>1863</sup> [http://www.chd.lu/wps/PA\\_RoleEtenduEuro/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexdpdata/Mag/114/280/121739.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_RoleEtenduEuro/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexdpdata/Mag/114/280/121739.pdf)

En l'état actuel des travaux parlementaires, l'article 313 du projet de loi prévoit que : « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.*

*Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».*

Selon l'article 313-1 du projet de loi, « *Les époux ou les partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement, par déclaration conjointe, donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au président du tribunal d'arrondissement, à son délégué, ou devant notaire, qui en prend acte et les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.*

*Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.*

*Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une demande en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.*

*Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.*

*En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 336 et 339 ».*

D'après l'article 313-2 du projet de loi, « *Avant de recueillir le consentement, le président du tribunal d'arrondissement ou son délégué ou le notaire informe ceux qui s'appêtent à l'exprimer :*

- *de l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et le tiers donneur, ou d'agir en responsabilité à l'encontre de celui-ci ;*
- *de l'interdiction d'exercer une action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation au nom de l'enfant, à moins qu'il ne soit soutenu que celui-ci n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ;*
- *des cas où le consentement est privé d'effet ;*
- *de la possibilité de faire déclarer judiciairement la paternité de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, et d'exercer contre lui une action en responsabilité de ce chef.*

*L'acte prévu à l'article 313-1 mentionne que cette information a été donnée. »*

Enfin, relativement aux actions en contestation de la filiation, l'article 341 du projet de loi n° 6568 prévoit que « *La contestation de la filiation n'est cependant pas recevable s'il est établi par tout moyen de preuve que l'enfant a été conçu par voie de procréation médicalement assistée, soit des œuvres de l'époux ou du partenaire, soit d'un tiers-donneur du consentement écrit de l'époux ou du partenaire ».*

Un autre texte, également en cours de travaux parlementaires, porte spécifiquement sur la procréation médicalement assistée. Il s'agit de la proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation<sup>1864</sup>, déposée le 24 mars 2015 devant la Chambre des Députés du Grand-Duché de Luxembourg.

Cette proposition de loi repose sur des considérations distinctes de celles retenues dans le cadre du projet de loi n° 6568 précité<sup>1865</sup>. En conséquence, elle comporte des dispositions différentes, relativement à la procréation médicalement assistée.

<sup>1864</sup> <http://www.chd.lu/wps/portal/public/RoleEtendu?action=doDocpaDetails&backto=/wps/portal/public&id=6797#>

<sup>1865</sup> Voir sur ce point : Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Exposé des motifs, pages 1 à 3.

En particulier, en l'état actuel des travaux parlementaires, l'article 2 de la proposition de loi n° 6797 prévoit d'interdire la procréation pour autrui – de même que la gestation pour autrui –. De plus, l'article 3 du texte vise à limiter le recours à l'assistance médicale à la procréation.

La limitation porterait, tout d'abord, sur le recours à l'assistance médicale à la procréation. En effet, l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup> de la proposition de loi prévoit que « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple de sexe différent ou d'éviter la transmission d'une maladie grave et incurable. Le caractère pathologique de l'empêchement doit être médicalement diagnostiqué* ».

La limitation porterait, ensuite, sur les conditions du recours à l'assistance médicale à la procréation ; outre les conditions de procédure liées à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation, le recours à celle-ci serait « réservé » au couple marié de sexe différent. Concrètement, l'article 3, alinéa 2 de la proposition de loi prévoit que « *L'homme et la femme formant le couple doivent être mariés, vivants, en âge de procréer et consentir préalablement à la conception des embryons ou à l'insémination artificielle* ». L'article 3, alinéa 3 ajoute que : « *Font obstacle à l'insémination artificielle ou à la conception des embryons, le décès d'un membre du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation* ». Enfin, relativement aux conditions de procédure, l'article 6 de la proposition de loi prévoit que : « *La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres d'une équipe pluridisciplinaire compétente de l'établissement. Les membres de cette équipe, proposée par l'établissement, sont retenus dans chaque cas d'un commun accord avec les futurs parents, à condition de compter au moins deux médecins spécialisés dans le domaine de l'AMP et un conseiller spécialisé dans des questions d'éthique. Au besoin, l'équipe peut être renforcée par d'autres médecins, des psychologues et des assistants sociaux.*

*Ces derniers doivent notamment:*

*1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur présenter les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption et d'accueil socio-éducatif d'enfants dans le cadre d'une mesure de protection de la jeunesse.*

*2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner.*

*3° Informer ceux-ci de l'impossibilité de poursuivre le processus d'AMP en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres;*

*4° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment:*

*a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation;*

*b) Un descriptif de ces techniques;*

*c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption et aux mesures protectionnelles de placement, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.*

*La demande d'assistance médicale à la procréation ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien.*

*La confirmation de la demande est faite par écrit.*

*L'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire.*

*Elle ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par la présente loi ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître ».*

En outre, il convient de suivre avec acuité les travaux parlementaires portant sur le projet de loi n° 6568 et sur la proposition de loi n° 6797 précitées. En effet, dans l'hypothèse où des

dispositions issues de ces textes seraient adoptées et entreraient en vigueur, le droit interne luxembourgeois serait modifié relativement à la procréation médicalement assistée.

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule ?**

*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

Actuellement, la législation luxembourgeoise ne prévoit pas de dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule.

Malgré ce vide législatif, des établissements hospitaliers luxembourgeois pratiquent l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes<sup>1866</sup>.

En outre, relativement au don de sperme et/ou d'ovule, la Commission Nationale d'Ethique du Grand-Duché de Luxembourg recommande, déjà depuis 2001, d'une part, « *de déterminer un statut juridique pour les banques de gamètes et d'embryons comportant en particulier les conditions pour établir et gérer ce type d'établissement* ». Elle recommande, d'autre part, « *de préciser les droits et obligations des banques de gamètes et d'embryons par rapport aux pouvoirs publics, aux donneurs et bénéficiaires de dons et des établissements hospitaliers autorisés à procéder à des actes de P.M.A.* ». Elle recommande, également, « *de garantir la gratuité des dons de gamètes* » et, enfin, « *de préserver l'anonymat des donneurs et la confidentialité des informations les concernant, d'un côté, et le respect du droit des enfants à la vérité biologique, de l'autre* »<sup>1867</sup>.

Toutefois, considérant que « *Le don de gamètes [...] suscite des difficultés multiples qui ne peuvent être justifiées par le but, légitime en soi, d'avoir un enfant, but qui ne peut être atteint à n'importe quel prix, surtout lorsque le prix est payé en premier lieu par l'enfant* »<sup>1868</sup>, la proposition de loi n° 6797 – précitée – vise à interdire une telle pratique (article 4 du texte).

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le transfert d'embryon *post mortem* (ou le don d'embryon *post mortem*, selon la terminologie en usage dans votre législation) ?**

**Si oui, sous quelles conditions ce transfert est-il réalisé ?**

*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

Actuellement, la législation luxembourgeoise ne prévoit pas de dispositions concernant le transfert d'embryon *post mortem*.

En outre, relativement au transfert d'embryon *post mortem*, la Commission Nationale d'Ethique du Grand-Duché de Luxembourg a – certes, à une minorité de membres (cinq sur quinze) –, recommandé « *d'exclure, par une disposition légale l'insémination post mortem et le transfert d'embryons post mortem* »<sup>1869</sup>.

De plus, considérant que l'intérêt de l'enfant fait obstacle à la procréation *post mortem*, car l'insémination artificielle *post mortem* ou la conception d'un embryon *post mortem* « *reviendrait à concevoir délibérément un orphelin* »<sup>1870</sup>, la proposition de loi n° 6797 – précitée – vise à interdire une telle pratique (article 3, alinéa 3, du texte).

<sup>1866</sup> Cf. Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Commentaire des articles, page 14.

<sup>1867</sup> Cf. Commission Nationale d'Ethique, Avis 2001.1, « *La procréation médicalement assistée* », page 106.

<sup>1868</sup> Cf. Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Commentaire des articles, page 12.

<sup>1869</sup> Cf. Commission Nationale d'Ethique, Avis 2001.1, « *La procréation médicalement assistée* », page 108.

<sup>1870</sup> Cf. Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation, Commentaire des articles, page 11.

## 2. Adoption : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

*Sur ce point, voir les réponses apportées dans le cadre du précédent questionnaire, envoyé en 2015 et intégré dans le Rapport intermédiaire.*

## 3. Mariage et droit de l'enfant

*Quelles sont les dispositions dans votre Constitution relatives au mariage et à l'enfant ?*

**Références textuelles : dispositions de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg.** Se référant explicitement au mariage, l'article 21 de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose que : « *Le mariage<sup>1871</sup> civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale* ».

Relativement à l'enfant – mais implicitement et au regard du droit à l'enseignement et à l'instruction –, l'article 23 de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg prévoit que : « *L'Etat veille à l'organisation de l'instruction primaire, qui sera obligatoire et gratuite et dont l'accès doit être garanti à toute personne habitant le Grand-Duché [...] Il crée des établissements d'instruction moyenne gratuite et les cours d'enseignement supérieur nécessaires. La loi détermine les moyens de subvenir à l'instruction publique ainsi que les conditions de surveillance par le Gouvernement et les communes ; elle règle pour le surplus tout ce qui est relatif à l'enseignement et prévoit, selon des critères qu'elle détermine, un système d'aides financières en faveur des élèves et étudiants. Chacun est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et de fréquenter les universités de son choix, sauf les dispositions de la loi sur les conditions d'admission aux emplois et à l'exercice de certaines professions* ».

Enfin, plus largement, l'article 11.(1) de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose que : « *L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille<sup>1872</sup>* ».

**Références jurisprudentielles : arrêts rendus par la Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg.** Ce « tour d'horizon » jurisprudentiel d'arrêts rendus par la Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg permet d'obtenir un éclairage intéressant sur des dispositions législatives qui intéressent le mariage et l'enfant, mais qui ont été jugées contraires – ou non – au principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi, ainsi qu'au principe de l'égalité des femmes et des hommes en droits et en devoirs.

En outre, les dispositions législatives, visées ci-après et déclarées contraires ou inconciliables par la Cour Constitutionnelle avec des articles de la Constitution, demeurent en vigueur dans le droit positif luxembourgeois.

Néanmoins, relativement à la filiation, le projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation<sup>1873</sup> – précité – contribuerait à modifier les règles juridiques inhérentes à la filiation, notamment par l'abandon de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle. Ce projet de loi, « *qui s'aligne dans une large mesure sur les textes français, a pour objet de tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance, de préciser les conditions de constatation de la possession d'état, d'harmoniser le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation, de sécuriser le lien de filiation*

---

<sup>1871</sup> Souligné par nous.

<sup>1872</sup> Souligné par nous.

<sup>1873</sup> Cf. <http://www.chd.lu/wps/portal/public/RoleEtendu?action=doDocpaDetails&backto=/wps/portal/public&id=6568>

*et de simplifier et d'harmoniser le régime des actions en contestation, notamment en en modifiant les titulaires et les délais »<sup>1874</sup>.*

- **Cour Constitutionnelle, Arrêt 25/05 du 26 janvier 2005 : Mémorial A n° 8 du 26 janvier 2005, page 73 – Egalité devant la loi - Egalité entre l'enfant plénièrement adopté et l'enfant légitime - Art. 349 Code Civil - Prohibition des adoptions successives – Restriction contraire au principe d'égalité :**

*« Par la prohibition inscrite à l'article 349 du Code civil<sup>1875</sup>, la loi crée une différence de traitement entre l'enfant dit légitime et l'enfant plénièrement adopté, le second étant pourtant assimilé au premier par l'article 368 du Code civil. [...] Les notions d'enfant légitime et d'enfant plénièrement adopté sont analogues de par la volonté même du législateur, exprimée dans l'article 368 du Code civil. La différence entre les deux catégories de personnes repose sur un critère objectif, qui est d'avoir ou non fait l'objet d'une adoption plénière. L'institution de l'adoption a pour finalité première l'intérêt de la personne adoptée. La prohibition des adoptions successives a pour raison la stabilité des liens de la parenté adoptive ; que cette considération est de prime abord conforme à cet intérêt et est rationnellement justifiée.*

*Cependant, dans le cas d'une adoption plénière, irrévocable, effaçant tout lien de parenté antérieur de l'adopté et assimilant celui-ci à l'enfant légitime, la loi, en n'admettant comme seule exception à la prohibition édictée que la mort de l'un ou des deux parents adoptifs sans prévoir d'autres causes graves anéantissant l'objectif de la prohibition et pouvant justifier une seconde adoption dans l'intérêt de l'enfant, crée une disproportion entre la situation de l'enfant plénièrement adopté et celle de l'enfant légitime qui peut bénéficier d'une adoption.*

*Dès lors sous ce rapport, l'article 349 du Code civil est inconciliable avec l'article 10bis de la Constitution<sup>1876</sup>. »*

- **Cour Constitutionnelle, Arrêt 47/08 du 12 décembre 2008 : Mémorial A n° 197 du 22 décembre 2008, page 2618 – Exercice exclusif de l'autorité parentale en cas de divorce – impossibilité d'exercer une autorité parentale conjointe, existant pourtant dans le cas de l'enfant né hors mariage - rupture d'égalité entre citoyen – art. 302, al. 1, et art. 378 al. 1, du code civil non-conformes à l'article 10bis de la Constitution :**

*« La notion d'égalité visée à l'article 10bis (1) de la Constitution doit être comprise par référence du contenu et à la raison d'être des droits et obligations sous examen; l'autorité parentale est instituée pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité; les père et mère ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation; l'appréciation de l'égalité des parents quant à leurs relations avec leurs enfants doit se faire en considération de l'intérêt des enfants; en règle générale il est dans l'intérêt des enfants que l'autorité parentale soit exercée conjointement par leurs parents et non pas exclusivement par leur père ou leur mère; il s'ensuit que le principe de l'exercice exclusif de l'autorité parentale après divorce par la mère ou le père, sous réserve du droit de surveillance et du droit de visite du parent non attributaire du droit de garde, tel qu'instauré par les articles 302, alinéa 1<sup>er</sup> et 378, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil, n'est pas rationnellement justifié ;[...] les catégories de personnes, parents mariés, divorcés ou séparés de corps et parents qui n'ont pas été mariés sont comparables de par leur même rapport de parenté à l'égard de leur enfant commun; d'une part, si le divorce dissout l'union légale qui unissait le mari et l'épouse, il ne met pas fin à la parentalité des père et mère divorcés; les parents mariés mais séparés de fait continuent à exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun; d'autre part, il*

<sup>1874</sup> Projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation, Exposé des motifs, page 14.

<sup>1875</sup> L'article 349 du Code civil luxembourgeois dispose que : « Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est par deux conjoints ».

<sup>1876</sup> L'article 10bis de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose que : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ».

*n'existe pas de motif déterminant justifiant l'impossibilité d'instituer l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun par les parents divorcés ou séparés de corps alors que la loi permet cette institution pour les parents non mariés ayant reconnu l'enfant dit naturel, qu'ils vivent ensemble ou séparés; dès lors, la différence relative à l'exercice de l'autorité parentale entre la situation des parents divorcés ou séparés de corps et celle des parents mariés tant comme celle entre la situation des parents divorcés ou séparés de corps de l'enfant commun et celle des parents ayant reconnu l'enfant dit naturel n'est à son tour pas rationnellement justifiée; finalement, en autorisant l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents de l'enfant dit naturel qu'ils ont reconnu alors que l'enfant né dans le mariage ne peut pas bénéficier de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par ses parents divorcés, les articles 302, alinéa 1<sup>er</sup> et 378, alinéa 1<sup>er</sup> du code créent une différenciation non rationnellement justifiée entre la situation des enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage; il suit de ces considérations que les articles 302, alinéa 1<sup>er</sup> et 378, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil<sup>1877</sup> ne sont pas conformes à l'article 10 bis (1) de la Constitution<sup>1878</sup> dans la mesure où ils n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs. »*

- **Cour Constitutionnelle, Arrêt 61/11 du 25 mars 2011 : Mémorial A n° 61 du 8 avril 2011, page 1076 – Différence de régime entre filiation naturelle et filiation légitime au regard du délai dont dispose la personne qui prétend être le parent véritable pour introduire son action en contestation d'état - Article 322-1, alinéa 3 du code civil - Considérant que les articles 322-1 et 339 du code civil, dans leur teneur actuelle, ont été introduits audit code par une loi du 13 avril 1979 :**

*« Considérant que l'objectif du législateur de 1979 était "une réforme d'ensemble du titre de la filiation dans le but de faire disparaître les discriminations existantes entre les différentes catégories de filiations et de faire prédominer, dans toute la mesure du possible, la vérité biologique dans l'établissement de la filiation ..." (v. exposé des motifs, doc. parl. n° 2020);  
 Considérant que l'intérêt du véritable parent et l'intérêt de l'enfant se rejoignent pour voir renverser la filiation apparente et reconnaître la réalité biologique;  
 Considérant dès lors que la différence des délais d'action n'est pas rationnellement justifiée ni adéquate ni proportionnée au but de la loi;  
 D'où il suit que l'article 322-1, alinéa 3, combiné à l'article 339, alinéa 3, du code civil, n'est pas conforme à l'article 10 bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution<sup>1879</sup> dans la mesure où il limite le délai d'introduction de l'action de la personne qui se prétend le véritable parent et qui conteste la filiation de l'enfant né pendant le mariage de sa mère et n'ayant pas de possession d'état à l'égard du mari de celle-ci, à la période de la minorité de l'enfant;  
 Considérant que le principe d'égalité, au regard des situations analogues en cause, commande d'aligner le délai d'action prévu à l'article 322-1, alinéa 3, du code civil<sup>1880</sup>, qui vise un enfant légitime sans possession d'état, sur celui prévu à l'article 339, alinéa 3, du même code<sup>1881</sup> qui édicte l'imprescriptibilité de l'action de celui qui se prétend le parent véritable et qui conteste*

<sup>1877</sup> L'article 302, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que : « Le tribunal statuant sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exigera l'intérêt des enfants, soit à l'un ou à l'autre des conjoints, soit à une tierce personne, parente ou non, l'autorité parentale étant exercée conformément aux articles 378 et 389 ».

L'article 378, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que : « Si les parents sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre ».

<sup>1878</sup> Voir supra.

<sup>1879</sup> Voir supra.

<sup>1880</sup> L'article 322-1, alinéa 3 du Code civil dispose que : « L'action visée à l'alinéa premier peut être intentée par l'enfant pendant toute sa vie. Elle peut l'être par ceux qui se prétendent ses parents véritables pendant la minorité de l'enfant. Elle ne peut être intentée par les tiers intéressés que dans les deux ans à partir du jour où a été dressé l'acte de naissance. Toutefois, le tribunal peut relever les tiers intéressés de la déchéance encourue lorsqu'il y a eu impossibilité matérielle ou morale d'agir dans le délai imparti ».

<sup>1881</sup> L'article 339, alinéa 3, du Code civil dispose que : « Le droit de l'enfant de contester la reconnaissance est imprescriptible; il en est de même pour ceux qui se prétendent les parents véritables, à moins que, dans ce cas, l'enfant n'ait une possession d'état continue et conforme de plus de dix ans ».

*une filiation naturelle résultant d'un acte de naissance, d'une reconnaissance ou d'une possession d'état continue et conforme inférieure à dix ans, ceci au vu de l'objectif du législateur consistant dans la recherche de la vérité biologique. »*

- **Cour Constitutionnelle, Arrêt 50/09 du 15 mai 2009 : Mémorial A n° 127 du 8 juin 2009, page 1762 – Filiation – Code civil, art. 316 :**

*« Qu'il s'en dégage qu'en soumettant l'homme marié et l'auteur d'une reconnaissance à des régimes légaux différents quant à l'action en contestation de paternité, la loi institue une différence qui n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Qu'il suit de ces considérations que l'article 316 du code civil<sup>1882</sup> n'est pas conforme à l'article 10bis (1) de la Constitution<sup>1883</sup> dans la mesure où il enferme l'action en désaveu de paternité du mari dans des délais plus courts que ceux accordés par l'article 339 du code civil à l'auteur de la reconnaissance d'un enfant naturel. »*

- **Cour Constitutionnelle, Arrêt 72/12 du 29 juin 2012 : Mémorial A n° 139 du 10 juillet 2012, page 1756 – Action en recherche de paternité – C. civ., art. 340-4 :**

*« Considérant que la question préjudicielle porte sur la différence de régime entre filiation naturelle et filiation légitime au regard du délai dont dispose, d'une part, l'enfant né hors mariage pour introduire son action en recherche de paternité naturelle et, d'autre part, l'enfant qui a un titre de naissance non conforme à la possession d'état, pour introduire son action en réclamation d'état d'enfant légitime, et sur la compatibilité d'une telle différence respectivement avec le principe d'égalité et avec le droit à la protection de la vie privée;*

*Considérant que l'enfant qui cherche à établir sa filiation naturelle et l'enfant qui cherche à établir sa filiation légitime, se trouvent tous les deux dans une situation comparable en ce qu'ils cherchent à faire constater leur véritable état;*

*Considérant que le législateur a institué une différence objective en limitant, d'une part, le délai d'introduction de l'action de l'enfant en recherche de la paternité naturelle à deux ans après sa naissance, sinon à deux ans après sa majorité, et en édictant, d'autre part, que le délai d'introduction de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime est imprescriptible dans le chef de l'enfant;*

*Considérant, dès lors, que la différence de régime instituée entre les articles 329 et 340-4. du code civil quant au délai d'introduction des actions y respectivement réglées n'est pas rationnellement justifiée ni adéquate ni proportionnée au but de la loi;*

---

<sup>1882</sup> L'article 316 du Code civil dispose que : « Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux; s'il n'était pas sur les lieux, dans les six mois de son retour et dans les six mois qui suivent la découverte de la fraude, si la naissance de l'enfant lui avait été cachée ».

<sup>1883</sup> Voir supra.



*D'où il suit que l'article 340-4<sup>1884</sup>, combiné à l'article 329<sup>1885</sup> du code civil n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution<sup>1886</sup> dans la mesure où il limite le délai d'introduction de l'action de l'enfant qui tend à établir la paternité naturelle à deux ans à partir de sa naissance, sinon à deux ans à partir de sa majorité. »*

- **Cour Constitutionnelle, Arrêt 2/98 du 13 novembre 1998 : Mémorial A n° 102 du 8 décembre 1998, page 2499 – Art. 367 du Code civil – Interdiction de l'adoption plénière par une personne célibataire – conformité à l'article 11 (2) et à l'article 11 (3) de la Constitution :**

*« Le législateur a par l'adoption établi une filiation de substitution qui, si elle exige de justes motifs dans le chef des adoptants, doit avant tout présenter des avantages pour l'adopté - cette institution prend son fondement dans le droit positif et non dans le droit naturel - il appartient donc au pouvoir législatif d'y apporter toutes les conditions et limites nécessaires au bon fonctionnement et répondant à l'intérêt de la société et de la famille adoptive - le principe constitutionnel de l'égalité de tous les Luxembourgeois devant la loi, applicable à tout individu touché par la loi luxembourgeoise si les droits de la personnalité sont concernés, ne s'entend pas dans un sens absolu, mais requiert que tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit soient traités de la même façon - la spécificité se justifie si la différence de condition est effective et objective, si elle poursuit un intérêt public et si elle revêt une ampleur raisonnable - elle est légitime en l'espèce comme s'appuyant sur une distinction réelle découlant de l'état civil des personnes, sur une garantie accrue au profit de l'adopté par la pluralité des détenteurs de l'autorité parentale dans le chef des gens mariés et sur une proportionnalité raisonnable du fait que l'adoption simple reste ouverte au célibataire dans le respect des exigences de forme et de fond prévues par la loi - l'article 367 du Code civil<sup>1887</sup> n'est pas contraire aux articles 11 (2) et 11 (3) de la Constitution. »*

- **Cour Constitutionnelle, Arrêt 7/99 du 26 mars 1999 : Mémorial A n° 41 du 20 avril 1999, page 1087 et Cour Constitutionnelle, Arrêt 99/13 du 7 juin 2013 : Mémorial A n° 110 du 28 juin 2013, page 1609 – C. civ., art. 380 – Autorité parentale envers les enfants naturels reconnus par les deux parents – Exercice privatif de l'autorité parentale par la mère – Egalité devant la loi – non-conformité à la Constitution :**

*« L'instauration du principe de l'exercice privatif de l'autorité parentale par la mère naturelle, créant dès l'abord une inégalité entre le père naturel par rapport à la mère naturelle et au père légitime, et par là-même un clivage entre les situations des enfants selon qu'ils sont nés ou non*

---

<sup>1884</sup> L'article 340-4 du Code civil dispose que : « L'action doit, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance de l'enfant.

Si elle n'a pas été exercée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut encore l'exercer pendant les deux années qui suivent sa majorité.

Dans les deux cas prévus ci-dessus, le titulaire de l'action peut être relevé de la déchéance encourue lorsqu'il y a eu impossibilité matérielle ou morale d'agir endéans les délais prévus ».

<sup>1885</sup> L'article 329 du Code civil dispose que : « L'action en réclamation d'état ne peut être intentée que par l'enfant, par ses parents ou par ses héritiers.

L'enfant peut l'intenter pendant toute sa vie.

Les parents ne peuvent l'intenter que pendant la minorité de l'enfant.

Les héritiers ne peuvent l'intenter que lorsque l'enfant n'a pas réclamé et qu'il est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité.

Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement ou qu'il n'eût laissé périmer l'instance ».

<sup>1886</sup> Voir supra.

<sup>1887</sup> L'article 367 du Code civil dispose que : « L'adoption peut être demandée par deux conjoints non séparés de corps, dont l'un est âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt et un ans au moins, à condition que les adoptants aient quinze ans de plus que l'enfant qu'ils se proposent d'adopter et que l'enfant à adopter soit âgé de moins de seize ans.

Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celle que prévoit l'alinéa précédent ».

*dans le mariage, constitue une différenciation qui n'est ni adéquate ni proportionnée à son but - l'article 380, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>1888</sup>, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11 (2) de la Constitution<sup>1889</sup>. »*

## Questionnaire complémentaire - Belgique

### 1. Procréation médicalement assistée : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant la procréation médicalement assistée ?  
 Distinguez les conditions d'accès aux personnes seules de celles applicables aux couples de femmes.*

La loi applicable en la matière est la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires.

Selon l'article 4 « Le prélèvement de gamètes est ouvert aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum.

La demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes est ouverte aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum.

L'implantation d'embryons ou l'insémination de gamètes ne peut être effectuée chez la femme majeure, âgée de plus de 47 ans.

Par dérogation à l'alinéa 1er, le prélèvement pour cryoconservation de gamètes, d'embryons surnuméraires, de gonades ou fragments de gonades peut être effectué, sur indication médicale, chez un mineur ».

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule ?**

Le don de gamètes est prévu au chapitre IV de la loi du 6 juillet 2007 relative à la PMA et à la destination des embryons surnuméraires.

**Art. 51.** § 1er. Le don de gamètes à titre gratuit est licite.

Néanmoins, le Roi peut fixer une indemnité qui couvre les frais de déplacement ou de perte de salaire de la personne prélevée. Cette indemnité peut également couvrir les frais d'hospitalisation inhérents au prélèvement d'ovocytes de la donneuse.

§ 2. La commercialisation des gamètes humains est interdite.

**Art. 52.** Sont interdits :

---

<sup>1888</sup> L'article 380, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que : « Sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui des parents qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère. Toutefois l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles. »

<sup>1889</sup> L'article 11 (2) de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose que : « Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes ».

1° le don de gamètes à caractère eugénique, tel que défini par l'article 5, 4°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, c'est-à-dire axé sur la sélection ou l'amplification de caractéristiques génétiques non pathologiques de l'espèce humaine;

2° le don de gamètes axé sur la sélection du sexe, tel que défini par l'article 5, 5°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, c'est-à-dire axé sur la sélection du sexe, à l'exception de la sélection qui permet d'écartier les spermatozoïdes atteints de maladies liées au sexe.

**Art. 53.** L'appariement entre donneur(s) et receveur(s) ne peut être considéré comme une pratique à caractère eugénique au sens de l'article 52, 1°.

**Art. 54.** L'insémination simultanée de gamètes provenant de donneurs de gamètes différents est interdite.

**Art. 55.** Les gamètes d'un même donneur ne peuvent conduire à la naissance d'enfants chez plus de six femmes différentes.

*(Pour l'application de l'alinéa 1er, les auteurs du projet parental de sexe féminin, qui déclarent avoir un projet parental commun, sont considérés comme une seule femme).*

**Art. 56.** A compter de l'insémination des gamètes donnés, les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental ayant reçu lesdits gamètes.

Aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte aux donneurs de gamètes. De même, aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux ne peut être intentée à l'encontre du ou des donneur(s) de gamètes par le(s) receveur(s) de gamètes et par l'enfant né de l'insémination de gamètes.

**Art. 57.** Lorsque les gamètes sont affectés à un programme de don, le centre de fécondation consulté est tenu de rendre inaccessible toute donnée permettant l'identification du donneur. Le don non anonyme résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs est autorisé.

Toute personne travaillant pour ou dans un centre de fécondation, qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant d'identifier des donneurs de gamètes est tenue au secret professionnel et est passible de sanctions conformément à l'article 458 du Code pénal.

## Section 2. - Donneurs de gamètes.

### Sous-section 1re. - Information préalable.

**Art. 58.** Si la personne prélevée décide d'affecter ses gamètes à un programme de don, le centre de fécondation consulté doit, outre l'obligation générale d'information prévue à l'article 6, l'informer loyalement sur la procédure de prélèvement et sur les conséquences de cette affectation.

### Sous-section 2. - Convention.

**Art. 59.** L'affectation de gamètes à un programme de don de gamètes doit être expressément indiquée dans la convention prévue aux articles 7 et 42, conclue entre le donneur et le centre de fécondation consulté.

Outre les mentions requises aux articles 7 et 42, la convention mentionne :

1° l'engagement pris par le donneur de se soumettre à tout examen et de fournir toutes les informations médicales nécessaires à la mise en oeuvre de la présente loi, afin de permettre au centre de fécondation de s'assurer du respect de la sécurité sanitaire des gamètes donnés,

2° dans le cas où les résultats des examens visés au 1° s'avèreraient incompatibles avec le don,

la destination que le donneur affecte auxdits gamètes, qu'elles soient détruites ou affectées à un protocole de recherche scientifique,

3° dans le cas où le donneur refuserait ou s'abstiendrait ultérieurement de se soumettre aux examens visés au 1°, la destination que le donneur affecte auxdits gamètes, qu'elles soient détruites ou affectées à un protocole de recherche scientifique.

Une fois que la procédure de don de gamètes est engagée, le don est irrévocable.

Section 5. Stockage et communication des informations.

**Art. 64.**[§ 1er.] Sans préjudice de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, le centre de fécondation collecte pour chaque donneur de gamètes les informations suivantes :

1° les informations médicales relatives au donneur de gamètes, susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître;

2° les caractéristiques physiques du donneur de gamètes;

3° les informations nécessaires à l'application de la présente loi.

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le transfert d'embryon post mortem (ou le don d'embryon post mortem, selon la terminologie en usage dans votre législation) ?  
Si oui, sous quelles conditions ce transfert est-il réalisé ?*

**Art. 15.** Dans l'hypothèse où les auteurs du projet parental avaient cryoconservé des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et pour autant qu'ils l'aient expressément prévu dans la convention visée aux articles 7 et 13 de la présente loi, l'implantation post mortem d'embryons surnuméraires est possible.

**Art. 16.** Il ne pourra être procédé à l'implantation post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent le décès dudit auteur.

Toute disposition conventionnelle contraire à l'alinéa 1er de cet article sera nulle de plein droit.

## 2. Adoption : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- *Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par une personne seule ? cf article 343 (premier questionnaire)  
Précisez quels en sont les effets ?*

Il faut distinguer entre l'adoption simple et l'adoption plénière :

- Effets de l'adoption simple :

**Art. 353.1.** L'adoption confère à l'adopté, en le substituant au sien, le nom de l'adoptant ou, en cas d'adoption simultanée par deux époux ou cohabitants, celui de l'homme. Les parties peuvent toutefois solliciter du tribunal que l'adopté conserve son nom en le faisant précéder ou suivre du nom de l'adoptant ou de l'homme adoptant.

**Art. 353.8.** L'adoptant est investi, à l'égard de l'adopté, des droits de l'autorité parentale, y compris le droit de jouissance légale, le droit de requérir son émancipation et de consentir à son mariage.

**Art. 353.9.** En cas d'adoption par des époux ou cohabitants, ou lorsque l'adopté est l'enfant ou l'enfant adoptif du conjoint ou cohabitant de l'adoptant, l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux époux ou cohabitants. Les dispositions du présent livre, titre IX, sont applicables.

**Art. 353.14.** L'adoptant ou les adoptants doivent des aliments à l'adopté et aux descendants de celui-ci s'ils sont dans le besoin. Si l'adopté est mineur, l'article 203 est applicable par analogie. L'adopté et ses descendants doivent des aliments à l'adoptant ou aux adoptants s'ils sont dans le besoin. Si l'adopté meurt sans descendance, sa succession doit des aliments à l'adoptant ou aux adoptants s'ils sont dans le besoin lors du décès; les dispositions de l'article 205bis, §§ 3 à 5, sont applicables à cette obligation alimentaire.

L'obligation de fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère; cependant, ces derniers ne sont tenus de fournir des aliments à l'adopté que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant ou des adoptants.

Lorsqu'une personne adopte l'enfant ou l'enfant adoptif de son conjoint ou cohabitant, l'adoptant et son conjoint ou cohabitant sont tous deux tenus de lui fournir des aliments conformément à l'article 203.

**Art. 353.15.** L'adopté et ses descendants conservent tous leurs droits héréditaires dans la famille d'origine. Ils acquièrent sur la succession de l'adoptant ou des adoptants les mêmes droits que ceux qu'auraient un enfant ou ses descendants, mais n'acquièrent aucun droit sur la succession des parents de l'adoptant ou des adoptants.

**Art. 353.18.** Lorsqu'une adoption simple est prononcée après une adoption simple antérieure par application de l'article 347-1, 3°, les effets de la première adoption cessent de plein droit, à l'exception des empêchements à mariage, à partir du moment où se produisent ceux de la nouvelle adoption. Lorsqu'une nouvelle adoption simple est prononcée après une adoption simple antérieure par application de l'article 347-2, 3°, il en va de même à l'égard de l'adoptant antérieur qui n'est pas le conjoint ou cohabitant du nouvel adoptant.

Lorsqu'une adoption simple est prononcée après une adoption plénière antérieure par application de l'article 347-1° ou 3°, les effets de la première adoption ne subsistent que dans la mesure où ils ne sont pas en opposition avec ceux de la nouvelle adoption. Lorsqu'une nouvelle adoption simple est prononcée après une adoption plénière antérieure par application de l'article 347-2, 1° ou 3°, il en va de même à l'égard de l'adoptant antérieur qui n'est pas le conjoint ou cohabitant du nouvel adoptant.

- Effets de l'adoption plénière :

**Art. 356.1.** L'adoption plénière confère à l'enfant et à ses descendants un statut comportant des droits et obligations identiques à ceux qu'ils auraient si l'enfant était né de l'adoptant ou des adoptants.

Sous réserve des empêchements à mariage prévus aux articles 161 à 164, l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine.

Toutefois, l'enfant ou l'enfant adoptif du conjoint ou cohabitant, même décédé, de l'adoptant ne cesse pas d'appartenir à la famille de ce conjoint ou cohabitant. Si ce dernier vit encore, l'autorité parentale sur l'adopté est exercée conjointement par l'adoptant et ce conjoint ou cohabitant.

**Art. 356.2.** L'adoption plénière confère à l'enfant, en le substituant au sien, le nom de l'adoptant ou de l'homme adoptant.

Toutefois, l'adoption plénière, par une femme, de l'enfant ou de l'enfant adoptif de son époux ou cohabitant n'entraîne aucune modification du nom de l'enfant.

**Art. 356.3.** Lorsqu'une adoption plénière est prononcée en application de l'article 347-1, 3°, les effets de l'adoption antérieure cessent de plein droit à partir du moment où se produisent ceux de la nouvelle adoption, à l'exception des empêchements à mariage.

Lorsque la nouvelle adoption plénière est prononcée en application de l'article 347-2, 3°, les effets de l'adoption antérieure cessent de plein droit à l'égard de l'adoptant antérieur qui n'est pas le conjoint ou cohabitant du nouvel adoptant, à partir du moment où se produisent ceux de la nouvelle adoption, à l'exception des empêchements à mariage.

**Art. 356.4.** L'adoption plénière est irrévocable.

- *Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par un couple de personnes de même sexe :*
- *mariées ensemble ?*
  - *de partenaires enregistrés ?*
  - *de concubins ?*
- Précisez quels en sont les effets ?*

Mêmes effets que pour l'adoption par une personne seule ou un couple marié.

### **3. Mariage et droit de l'enfant**

*Quelles sont les dispositions dans votre Constitution relatives au mariage et à l'enfant ?*

L'article 22 bis de la Constitution belge prévoit que :

*« Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.*

*Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement.*

*Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.*

*La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant ».*

## Questionnaire complémentaire – Portugal

### 1. Procréation médicalement assistée : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant la procréation médicalement assistée ?  
Distinguez les conditions d'accès aux personnes seules de celles applicables aux couples de femmes.*

L'article 6 de la loi du 26 juillet 2006 (L n° 32/2006) prévoit que « *Seuls les couples mariés qui ne sont pas séparés juridiquement ou séparés de fait ou ceux qui vivent dans des conditions analogues aux conjoints pendant au moins deux ans peuvent recourir aux techniques de la PMA* ».

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule ?*

L'article 10 de la loi du 26 juillet 2006 (L. n° 32/2006) prévoit que : « *Il peut être fait recours au don d'ovocytes, de spermatozoïdes ou d'embryons lorsque, face aux connaissances médicales scientifiques objectivement disponibles, il n'est pas possible d'obtenir une grossesse à travers le recours à une quelconque technique utilisant les gamètes des bénéficiaires et dès lors que sont assurées les conditions d'efficacité pour garantir la qualité des gamètes* ».

L'article 19 de la loi du 26 juillet 2006 prévoit que « *l'insémination avec le sperme d'un tiers donneur ne peut être effectuée que lorsque, face aux connaissances médico-scientifiques objectivement disponibles, la femme ne peut être enceinte via l'insémination avec le sperme de son mari ou de la personne avec qui elle vit en union de fait* ». L'article 20 de la même loi précise que l'enfant né de cet insémination sera considéré comme l'enfant du mari de la mère ou de la personne avec qui celle-ci vit en union de fait.

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le transfert d'embryon post mortem (ou le don d'embryon post mortem, selon la terminologie en usage dans votre législation) ?  
Si oui, sous quelles conditions ce transfert est-il réalisé ?*

Selon l'article 22-3 de la loi du 26 juillet 2006 (L. n° 32/2006) : « *le transfert post mortem d'embryon est licite pour permettre la réalisation d'un projet parental clairement établi par écrit avant le décès du père, sous réserve du respect du délai ajusté à la convenable réflexion de la décision* ».

L'insémination *post mortem* est quant à elle prohibée.

### 2. Adoption : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- *Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par une personne seule ?*

L'article 1979 du Code civil (modifiée par la loi 143/2015 du 8 septembre 2015) prévoit que : « *Peuvent adopter deux personnes de plus de 25 ans, mariées depuis au moins quatre ans et non séparées judiciairement en biens ou en fait. Peut aussi adopter la personne seule âgée de plus de 30 ans ou la personne âgée de 25 ans s'il s'agit de l'enfant du conjoint* ».

Selon l'article 1980 du Code civil « *peut être adopté l'enfant du conjoint de l'adoptant* ». La limite d'âge de moins de 15 ans ne s'applique pas à cette hypothèse. L'enfant doit seulement avoir moins de 18 ans et ne pas être émancipé.

***Précisez quels en sont les effets ?***

L'article 1986 du Code civil prévoit que « *1. L'adopté est assimilé à l'enfant de l'adoptant et intègre la descendance de celui-ci (...).*  
*2. Si l'un des deux conjoints adopte l'enfant de l'autre, les relations personnelles sont maintenues entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et les parents respectifs* ».  
L'article 1986 prévoit également que les relations peuvent être maintenues entre l'enfant et sa famille d'origine, particulièrement avec ses frères et sœurs. L'article précise que cela correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant adopté.

L'article 1988 prévoit que l'enfant acquiert le nom de sa famille adoptive.

L'article 1989 précise que l'adoption n'est pas révocable.

- ***Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par un couple de personnes de même sexe :***
  - *mariées ensemble ?*
  - *de partenaires enregistrés ?*
  - *de concubins ?*

***Précisez quels en sont les effets ?***

Le Parlement, le 20 septembre 2015, a approuvé la proposition de loi relative à l'adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe. Toutefois, le Président de la République en exercice avait exercé son droit de veto, la proposition de loi avait donc été renvoyée au Parlement. Le Parlement a finalement confirmé le 10 février 2016 la loi autorisant l'adoption par les couples homosexuels.

### **3. Mariage et droit de l'enfant**

***Quelles sont les dispositions dans votre Constitution relatives au mariage et à l'enfant ?***

**Article 36** de la Constitution :

1-Toute personne a droit de construire une famille et de se marier dans des conditions de pleine égalité (...)

4- Les enfants nés hors mariage, ne peuvent faire l'objet de discrimination (...)

**Article 67**

- 1- La famille, en tant qu'élément fondamental de la société, a le droit à la protection de la société et de l'Etat et à l'effectivité de toutes les conditions permettant la réalisation personnelle de ses membres
- 2- Il incombe à l'Etat pour protéger la famille de :
  - a) promouvoir l'indépendance sociale et économique des ménages,



- b) de promouvoir la création et l'accès à un réseau national de crèches et d'autres équipements sociaux nécessaires à la famille, ainsi qu'une politique favorable au troisième âge,
- c) de coopérer avec les parents à l'éducation des enfants,
- d) de garantir, dans le respect de la liberté individuelle, le droit au planning familial, la promotion à l'information et à l'accès aux méthodes et aux moyens auxquels ils ont droit, à l'organisation de structures juridiques et techniques permettant l'exercice de la maternité et de la paternité en toute connaissance,
- e) régler la procréation assistée en terme de sauvegarde de la dignité de la personne humaine
- f) réguler les impôts et les bénéfices sociaux en harmonie avec les frais familiaux
- g) définir, en collaboration avec les associations représentatives des familles, et exécuter une politique familiale globale et intègre
- h) Promouvoir, à travers la concertation des diverses politiques sectorielles, la conciliation entre l'activité professionnelle et la vie familiale.

#### **Article 68**

- 1- Les père et mère ont le droit à la protection de la société et de l'Etat dans la réalisation de leur action irremplaçable dans les relations avec leur enfant, notamment quant à leur éducation, avec la garantie d'une réalisation professionnelle et de participation à la vie citoyenne du pays
- 2- La maternité et la paternité constituent des valeurs sociales imminentes
- 3- Les femmes enceintes bénéficient de droits spéciaux, notamment d'une dispense de travail pour une période déterminée sans perdre de rétributions ou autres revenus
- 4- La loi accorde aux père et mère des congés parentaux en fonction des intérêts de l'enfant et des besoins du ménage

#### **Article 69**

- 1- les enfants ont le droit d'être protégée par la société et l'Etat, spécialement contre les formes d'abandon, de discrimination et d'oppression, contre l'exercice abusif de l'autorité familiale et d'autres institutions
- 2- La loi assure particulièrement la protection des enfants orphelins, abandonnés ou privés d'une ambiance familiale normale
- 3- Le travail des mineurs en âge d'être scolarisé est prohibé

## Questionnaire complémentaire – Suisse

### 1. Procréation médicalement assistée : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant la procréation médicalement assistée ?  
Distinguez les conditions d'accès aux personnes seules de celles applicables aux couples de femmes.*

Il faut se référer à la Loi du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée. Selon l'article 3 :

<sup>1</sup> La procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant.

<sup>2</sup> Elle est réservée aux couples:

**a.** à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du code civil<sup>1</sup>), et

**b.** qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité.

<sup>3</sup> Seul un couple marié peut recourir à un don de sperme.

<sup>4</sup> Il est interdit d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après sa mort.

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule ?*

L'article 4 de la loi du 18 décembre 1998 prohibe le don d'ovules.

Le don de sperme est organisé aux articles 18 et suivants de la loi :

Art. 18 Consentement du donneur et information

<sup>1</sup> Le sperme provenant d'un don peut être utilisé uniquement pour la procréation médicalement assistée et aux fins auxquelles le donneur a consenti par écrit.

<sup>2</sup> Le donneur doit, avant le don, être informé par écrit sur la situation juridique, en particulier sur le droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier du donneur (art. 27).

Art. 19 Choix des donneurs

<sup>1</sup> Les donneurs doivent être choisis avec soin selon des critères médicaux, à l'exclusion de tout autre critère; en particulier, tout risque pour la santé de la femme qui reçoit le sperme doit être écarté autant que possible.

<sup>2</sup> Un homme ne peut donner son sperme qu'à un seul centre; il doit en être expressément informé avant le don.

Art. 20 Cession de sperme

<sup>1</sup> Le sperme provenant d'un don ne peut être cédé qu'à un médecin titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée; les données citées à l'art. 24, al. 2, doivent être transmises simultanément.

<sup>2</sup> La personne à laquelle a été cédé le sperme provenant d'un don veille à l'application de l'art. 22, al. 2.

Art. 21 Gratuité

Le don de sperme ne peut donner lieu à rémunération.

Art. 22 Utilisation de sperme provenant de dons

<sup>1</sup> Il est interdit, durant le même cycle, d'utiliser du sperme provenant de plusieurs donneurs.

<sup>2</sup> Le sperme d'un même donneur ne peut être utilisé que pour la procréation de huit enfants au plus.

<sup>3</sup> Aucun lien de parenté au sens de l'art. 95 CC<sup>1</sup> ne doit exister entre les personnes dont proviennent les gamètes.

<sup>4</sup> Seuls le groupe sanguin et la ressemblance physique du donneur avec l'homme à l'égard duquel un lien de filiation sera établi sont déterminants lors de la sélection des spermatozoïdes.

#### Art. 23 Lien de filiation

<sup>1</sup> L'enfant conçu au moyen d'un don de sperme, conformément aux dispositions de la présente loi, ne peut pas contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère. L'action en désaveu du mari est régie par les dispositions du CC<sup>1</sup>.

<sup>2</sup> Lorsqu'un enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme, l'action en paternité contre le donneur (art. 261 ss CC) est exclue; elle est toutefois admise si le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession.

#### Art. 24 Consignation des données

<sup>1</sup> La personne qui conserve ou utilise du sperme provenant de dons doit consigner ceux-ci de manière sûre.

<sup>2</sup> Les données à consigner relativement aux donneurs sont en particulier les suivantes:

a. nom et prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession et formation;

b. date du don de sperme;

c. résultats des examens médicaux;

d. renseignements sur l'aspect physique.

<sup>3</sup> En ce qui concerne la femme bénéficiaire du don de sperme et son mari, les données à consigner sont les suivantes:

a. nom et prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité;

b. date de l'utilisation du sperme.

#### Art. 25 Transmission des données

<sup>1</sup> Le médecin traitant doit, immédiatement après la naissance de l'enfant, transmettre à l'Office fédéral de l'état civil (office) les données prévues à l'art. 24.

<sup>2</sup> S'il n'a pas connaissance de la naissance, il doit transmettre les données immédiatement après la date présumée de celle-ci, à moins qu'il ne soit établi que le traitement a échoué.

<sup>3</sup> Le Conseil fédéral édicte les dispositions nécessaires relatives à la protection des données.

#### Art. 26 Conservation des données

L'office conserve les données pendant 80 ans.

#### Art. 27 Information

<sup>1</sup> L'enfant âgé de 18 ans révolus peut obtenir de l'office les données concernant l'identité du donneur et son aspect physique (art. 24, al. 2, let. a et d).

<sup>2</sup> Lorsqu'il peut faire valoir un intérêt légitime, l'enfant, quel que soit son âge, a le droit d'obtenir toutes les données relatives au donneur (art. 24, al. 2).

<sup>3</sup> Avant que l'office ne communique à l'enfant les données relatives à l'identité du donneur, il en informe ce dernier, dans la mesure du possible. Si le donneur refuse de rencontrer l'enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l'enfant maintient la demande déposée en vertu de l'al. 1, les données lui seront communiquées.

<sup>4</sup> Le Conseil fédéral peut confier le traitement des demandes à une commission fédérale.

- ***Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le transfert d'embryon post mortem (ou le don d'embryon post mortem, selon la terminologie en usage dans votre législation) ?***

***Si oui, sous quelles conditions ce transfert est-il réalisé ?***

L'article 3 de la loi du 18 décembre 1998 le prohibe.

L'article 37 de la loi précise que sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende de 100000 francs au plus quiconque utilise intentionnellement les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après son décès.

## 2. Adoption : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- *Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par une personne seule ?*  
*Précisez quels en sont les effets ?*

**Art. 267.** : « 1. L'enfant acquiert le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs. 2. Les liens de filiation antérieurs sont rompus, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant. 3. Un nouveau prénom peut être donné à l'enfant lors de l'adoption ».

**Art. 270.** 1 L'enfant de conjoints qui portent des noms différents acquiert celui de leurs deux noms de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage. 2 Les parents peuvent toutefois demander conjointement, dans l'année suivant la naissance du premier enfant, que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint. 3 L'enfant de conjoints qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom.

**Art. 270a.** 1 Lorsque l'autorité parentale est exercée de manière exclusive par l'un des parents, l'enfant acquiert le nom de célibataire de celui-ci. Lorsque l'autorité parentale est exercée de manière conjointe, les parents choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront. 2 Lorsque l'autorité parentale conjointe a été instituée après la naissance du premier enfant, les parents peuvent, dans le délai d'une année à partir de son institution, déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant porte le nom de célibataire de l'autre parent. Cette déclaration vaut pour tous les enfants communs, indépendamment de l'attribution de l'autorité parentale. 3 Si aucun des parents n'exerce l'autorité parentale, l'enfant acquiert le nom de célibataire de la mère. 4 Les changements d'attribution de l'autorité parentale n'ont pas d'effet sur le nom. Les dispositions relatives au changement de nom sont réservées.

**Art. 270b.** Si l'enfant a douze ans révolus, il n'est plus possible de changer son nom sans son consentement.

**Art. 271.** 1 L'enfant acquiert le droit de cité cantonal et communal du parent dont il porte le nom. 2 L'enfant mineur qui prend le nom de l'autre parent acquiert en lieu et place de son droit de cité cantonal et communal antérieur celui de ce parent.

**Art. 273.** 1 Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. 2 Lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité de protection de l'enfant peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions. 3 Le père ou la mère peut exiger que son droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant soit réglé.

**Art. 274.** 1 Le père et la mère doivent veiller à ne pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent et à ne pas rendre l'éducation plus difficile. 2 Si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré. 3 Si les père et mère ont consenti à l'adoption de leur enfant ou s'il peut être fait abstraction de leur consentement, le droit aux relations personnelles cesse lorsque l'enfant est placé en vue d'une adoption.

**Art. 274a.** 1 Dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles peut aussi être accordé à d'autres personnes, en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant. 2 Les limites du droit aux relations personnelles des père et mère sont applicables par analogie.

**Art. 276.** 1 Les père et mère doivent pourvoir à l'entretien de l'enfant et assumer, par conséquent, les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger.

- *Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par un couple de personnes de même sexe :*
- *mariées ensemble ?*
  - *de partenaires enregistrés ?*
  - *de concubins ?*
- Précisez quels en sont les effets ?*

Absence d'informations sur ce point.

### **3. Mariage et droit de l'enfant**

*Quelles sont les dispositions dans votre Constitution relatives au mariage et à l'enfant ?*

Il faut se référer aux articles 11 et 14 de la Constitution suisse.

**Art. 11** Protection des enfants et des jeunes

<sup>1</sup> Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.

<sup>2</sup> Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement.

**Art. 14** Droit au mariage et à la famille

Le droit au mariage et à la famille est garanti.

## Questionnaire complémentaire – Brésil

Gustavo Cerqueira

### 1. Procréation médicalement assistée : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous

- *Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant la procréation médicalement assistée ?  
Distinguez les conditions d'accès aux personnes seules de celles applicables aux couples de femmes.  
Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

Oui. L'article 1597 du Code civil 2002 relatif à la filiation présumée prévoit que :

« Les enfants sont considérés conçus dans la constance du mariage :

(...).

III – si l'enfant a été conçu par insémination artificielle homologue, même après la mort du mari ;

IV – s'il est né à n'importe quel moment, s'il s'agit d'embryons excédents, résultant de conception artificielle homologue ;

V – si l'enfant a été conçu par insémination artificielle hétérologue, avec l'autorisation du mari. »

Ensuite, la Résolution n° 2.121/2015 du Conseil National de l'Ordre des Médecins sur les normes éthiques pour l'utilisation de techniques de reproduction assistée, datant du 24 septembre 2015<sup>1890</sup>, régit l'essentiel de la question et en pose les principes généraux suivants (Point I) :

- les techniques de PMA ont un rôle auxiliaire dans la résolution des problèmes de reproduction humaine, en facilitant le processus de procréation ;
- les techniques de PMA peuvent être utilisées dès lors qu'il y a une probabilité de succès et que les patients ou le futur enfant n'encourent pas un risque grave pour leur santé ou vie ;
- l'âge pour les candidates à aux PMA ne peut dépasser 50 ans, sauf avis favorable du médecin responsable du traitement ; la patiente devra être informée et éclairée quant aux risques du traitement ;
- un consentement libre et éclairé est exigé des patients et un devoir d'information ample et approfondie s'impose aux médecins et cliniques de PMA ;
- les techniques de PMA ne peuvent pas être appliquées pour sélectionner le sexe ou quelconque autre caractéristique biologique du futur enfant, sauf lorsqu'il s'agit d'éviter des maladies ;
- la fécondation d'ovocytes humains pour d'autres buts que la procréation humaine est interdite ;
- le nombre d'ovocytes et d'embryons pouvant être transférés à la réceptrice ne peut être supérieur à quatre, en observant les échelles suivantes :

---

<sup>1890</sup> *Resolução CFM n° 2.121/2015*, du 16 juillet 2015, publiée dans le *Journal Officiel de la République Fédérative du Brésil* le 24 septembre 2015, Section I, p. 117. Cette Résolution abroge la Résolution *CFM n° 2.013/2013*, du 16 avr. 2013, *D.O.U.* du 9 mai 2013, Section I, p. 119. Disponible en Portugais à [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf) (consulté le 29 février 2016).

- femmes jusqu'à 35 ans : 2 embryons ;
- femmes entre 36 et 39 : jusqu'à 3 embryons ;
- femmes avec 40 ans ou plus : jusqu'à 4 embryons.

Cette Résolution ne pose aucune distinction quant aux conditions d'accès aux personnes seules et celles applicables aux couples de femmes. En effet, le n° 2 du Point II de la Résolution admet l'emploi de la technique aux personnes célibataires, tout en réservant au médecin un droit d'objection à la procréation médicalement assisté en raison de sa conscience.

Le n° 3 du Point II de la Résolution précise qu'en présence d'un couple féminin, la « gestation partagée » (hypothèse de transfert ultérieur d'un embryon généré à partir de l'ovule de l'une des partenaires à l'utérus de l'autre) est autorisée même lorsqu'il n'y a pas d'infertilité.

- **Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le don de sperme et/ou d'ovule ?**

*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

La question est régie par la Résolution n° 2.121/2015 du Conseil National de l'Ordre des Médecins précitée.

Selon le Point IV de cette Résolution dédiée à la donation des gamètes ou d'embryons :

- la donation ne pourra pas avoir un but lucratif ou commercial ;
- les donateurs ne doivent pas connaître l'identité des récepteurs et vice-versa ;
- l'âge limite pour la donation est de 35 ans pour les femmes et de 50 ans pour les hommes ;
- l'information relative à l'identité des donateurs étant protégée par le secret, cette information peut être accessible entre médecins seulement pour une raison médicale ;
- les cliniques, les centres ou les services où la donation a lieu maintiennent un registre permanent contenant les données cliniques de caractère général, les caractéristiques phénotypiques et un échantillon du matériel cellulaire des donateurs conformément à la législation en vigueur ;
- dans la région de l'unité de donation, le registre de l'état civil évitera qu'un donateur ait produit plus de deux gestations d'enfants de sexes opposés dans un territoire d'un million d'habitants ;
- le choix des donateurs relève de la responsabilité du médecin assistant ; dans la mesure du possible, il assure la plus grande similitude phénotype et compatibilité avec la réceptrice ;
- le personnel médical ne peut être donateur dans les programmes de PMA ;
- la donation volontaire de gamètes masculin et la donation partagée d'ovocytes en PMA – il s'agit de l'hypothèse où tant la donatrice que la réceptrice ont un problème de reproduction et partagent tant le matériel biologique que les coûts de la PMA ; la donatrice a un droit de préférence sur le matériel biologique à être produit.

- ***Votre législation en droit interne prévoit-elle des dispositions concernant le transfert d'embryon post mortem (ou le don d'embryon post mortem, selon la terminologie en usage dans votre législation) ?***  
***Si oui, sous quelles conditions ce transfert est-il réalisé ?***  
***Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.***

La question est régie par la Résolution n° 2.121/2015 du Conseil National de l'Ordre des Médecins précitée.

Selon le Point VIII de cette Résolution, la « reproduction assistée *post mortem* » est admise à condition que le décédé ayant laissé un matériel biologique congelé y ait consenti.

Les juges du fond admettent que l'existence du consentement peut être prouvée par tous les moyens, y compris par témoin.

## **2. Adoption : recueil des données de droit comparé sur la base du questionnaire ci-dessous**

- ***Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par une personne seule ?***  
***Précisez quels en sont les effets ?***  
***Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.***

Oui.

L'article 42, *caput* 2 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent (Loi n° 8.069/1990 du 13 juillet 1990 établit que « [p]euvent adopter les majeurs de 21 (vingt et un ans), Indépendamment de leur état civil ».

L'âge de 21 ans a cependant été réduit à 18 ans par l'article 1.618 du nouveau Code civil de 2002 : « [s]euls les majeurs de dix-huit ans ou plus peuvent adopter ».

Selon les articles 42, § 3 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent et 1619 du Code civil, « [l]'adoptant doit avoir au moins seize ans de plus que l'adopté ».

Quant aux effets, l'article 1.626, *caput* du Code civil prévoit que : « [l]'adoption attribue à l'adopté la situation de fils, et coupe tout autre lien avec ses ascendants et ses parents consanguins, sauf en ce qui concerne les empêchements au mariage ». Selon l'article 1. 626, paragraphe unique du Code civil : « [l]orsque l'un des conjoints adopte l'enfant de l'autre, les liens de la filiation entre l'adopté et le conjoint ou le compagnon de l'adoptant et ses parents respectifs subsistent ».

Ces mêmes solutions figurent à l'article 41 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent.

Quant au nom, l'article 1627 du Code civil détermine que : « [l]a décision attribue à l'adopté le nom de famille de l'adoptant, et peut déterminer la modification de son prénom, s'il est mineur, sur demande de l'adoptant ou de l'adopté ». Cette même règle est également prévue à l'article 47, § 7 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent.

Quant au moment à partir duquel les effets comment à se produire, l'article 1628 du Code civil établit que ce point de départ est celui où la « sentence passe en chose jugée, sauf si l'adoptant est décédé pendant la procédure, cas auquel ses effets seront rétroactifs à la date du décès. Les relations de parenté s'établissent non seulement entre l'adoptant et l'adopté, mais aussi entre le premier et les descendants de ce dernier, de même qu'entre l'adopté et tous les parents de l'adoptant ». Si, en revanche, l'adoptant décède pendant le processus d'adoption, l'adoption



produira ses effets à partir de la date du décès lorsqu'il ressort du dossier que l'adoptant avait manifesté son consentement sans équivoque (articles 42§ 6 combiné avec 47 §7 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent).

- *Votre législation interne prévoit-elle des dispositions concernant l'adoption par un couple de personnes de même sexe :*
  - *mariées ensemble ?*
  - *de partenaires enregistrés ?*
  - *de concubins ?*

*Précisez quels en sont les effets ?*

*Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

Cf. la réponse donnée au premier questionnaire.

Précisions :

1. En droit brésilien, le terme concubinage a une connotation péjorative et est souvent assimilé à une situation d'adultère.

Le terme qui lui correspond en droit brésilien est celui d' « union stable », qui peut être de fait ou contractuelle, la forme du partenariat enregistré français étant méconnu comme tel du droit brésilien. Lorsque l'union stable fait l'objet d'un contrat entre les parties, celui-ci peut faire l'objet d'un registre aux fins d'opposabilité aux tiers.

Effets de l'adoption : établissement de la filiation plénière, à laquelle s'appliquent les dispositions du Code civil (articles 1626 à 1628) ainsi que celles du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent citées dans la réponse précédente.

### **3. Mariage et droit de l'enfant**

*Quelles sont les dispositions dans votre Constitution relatives au mariage et à l'enfant ?  
Joignez les dispositions législatives ou réglementaires applicables sur cette question.*

**Constitution de la République Fédérative du Brésil du 5 octobre 1988.**

**Dispositions spécifiques sur le mariage :**

Art. 226. La famille, base de la société, bénéficie d'une protection spéciale de l'Etat.

Paragraphe premier. Le mariage est civil; sa célébration est gratuite.

§ 2. Le mariage religieux produit des effets civils selon les termes de la loi.

§ 3. Au regard de la protection de l'Etat, l'union stable entre l'homme et la femme est reconnue comme une entité familiale; la loi doit faciliter sa conversion en mariage.

§ 4. Par entité familiale s'entend également la communauté formée par l'un quelconque des parents et ses descendants.

§ 5. Les droits et devoirs afférents à la société conjugale sont exercés également par l'homme et par la femme.

§ 6. Le mariage civil peut être dissous par divorce.

§ 7. La planification familiale, fondée sur les principes de la dignité de la personne humaine et de la paternité responsable, est une libre décision du couple; il incombe à l'Etat de fournir des moyens scientifiques et d'éducation pour l'exercice de ce droit; toute manoeuvre coercitive de la part d'institutions officielles ou privées est interdite.

§ 8. L'Etat garantit son aide à la famille en la personne de chacun de ses membres; il crée des mécanismes visant à éliminer la violence en son sein.

Cf. la réponse donnée au premier questionnaire (question n° II à propos de l'ouverture par la jurisprudence du mariage aux personnes du même sexe et la reconnaissance de l'union stable entre personnes du même sexe comme entité familiale digne de protection constitutionnelle).

### **Dispositions spécifiques sur l'enfant :**

Art. 201. Les plans de prévoyance sociale, moyennant cotisation, doivent répondre aux conditions suivantes, selon les termes de la loi: (...);

III - protection de la maternité, spécialement pendant la grossesse;  
(...).

Art. 203. L'aide sociale est accordée à quiconque en a besoin, indépendamment des cotisations à la sécurité sociale; elle a pour objectifs: (...);

II - la protection des enfants et adolescents indigents;  
(...).

Art. 208. L'Etat remplit son devoir en matière d'éducation en garantissant: (...)

IV - l'éducation des enfants, dans des crèches et des établissements préscolaires, jusqu'à l'âge de 5 ans;  
(...);

Art. 227. Il est du devoir de la famille, de la société et de l'Etat d'assurer à l'enfant et à l'adolescent et aux jeunes, en priorité absolue, le droit à la vie, à la santé, à l'alimentation, à l'éducation, aux loisirs, à la formation professionnelle, à la culture, à la dignité, au respect, à la liberté et à la coexistence familiale et communautaire; ils doivent également les défendre contre toute forme de négligence, de discrimination, d'exploitation, de violence, de cruauté et d'oppression.

Paragraphe premier. L'Etat établit des programmes d'assistance intégrale à la santé de l'enfant et de l'adolescent et du jeune, auxquels peuvent participer les entités non gouvernementales et qui obéissent aux principes suivants:

I - affectation d'un pourcentage des ressources publiques à l'assistance à la mère et à l'enfant;

II - élaboration de programmes de prévention et de prise en charge spécialisée des handicapés physiques, sensoriels ou mentaux et d'intégration à la vie professionnelle et sociale, d'amélioration de l'accès aux biens et services collectifs, ainsi que d'élimination des obstacles architecturaux et de toute forme de discrimination.

§ 2. La loi dispose sur les normes de construction des espaces de loisirs et édifices à usage public et sur la fabrication de véhicules de transport en commun, afin d'en garantir l'accès adéquat aux personnes handicapées.

§ 3. Le droit à une protection spéciale comprend les dispositions suivantes:

I - l'âge minimal d'entrée dans la vie active est de 14 ans, conformément aux dispositions de l'article 7 -XXXIII ci-dessus;

II - la garantie des droits concernant la prévoyance sociale et la relation de travail;

III - la garantie d'accès du travailleur adolescent et jeune à l'école;

IV - la garantie de la connaissance pleine et formelle d'attribution d'infractions, l'égalité en matière de procédure judiciaire et de défense par un professionnel habilité, conformément à la législation tutélaire spécifique;

V - l'obéissance aux principes de brièveté, de caractère exceptionnel et de respect de la condition particulière de la personne en développement dans l'application de toute peine privative de liberté;

VI - l'encouragement de la puissance publique à l'accueil, sous forme de placement de l'enfant ou de l'adolescent orphelin ou abandonné, au moyen de l'assistance juridique, d'avantages fiscaux ou de subventions, selon les formes de la loi;

VII - des programmes de prévention et d'accueil spécialisé pour l'enfant, pour l'adolescent et les jeunes dépendants de stupéfiants ou de drogues similaires.

§ 4. La loi punit sévèrement l'abus, la violence et l'exploitation sexuelle exercés sur l'enfant et sur l'adolescent.

§ 5. La puissance publique favorise l'adoption dans les formes de la loi, qui établit les cas et conditions auxquels celle-ci peut être effectuée par des étrangers.

§ 6. Les enfants issus ou non du mariage ou adoptés ont les mêmes droits et qualifications; toute désignation discriminatoire relative à la filiation est interdite.

§ 7. En matière de droits de l'enfant et de l'adolescent, les dispositions de l'article 204 ci-dessus sont prises en considération.

Art. 228. Les personnes de moins de 18 ans sont irresponsables pénalement et soumises à une législation spéciale.

Art. 229. Les parents ont le devoir d'assister, élever et éduquer leurs enfants mineurs; les enfants majeurs ont le devoir d'aider et protéger leurs parents dans leur vieillesse ou en cas de carence ou de maladie.

**Circulaire de l'Inspecteur national de Justice N° 52 du 15 mars 2016**  
**Traduction Gustavo Cerqueira**

Publié au DO, le 15 mars 2016

*Dispose sur le registre de la naissance et de la délivrance du certificat de naissance des enfants issus d'une reproduction assistée.*

L'Inspecteur national de Justice, Ministre Nancy Andrichi, conformément à ses attributions légales et constitutionnelles,

Vu l'article 227, § 6°, de la Constitution fédérale et l'article 1.609 du Code civil ;

Vu la Circulaire n° 13/2010 de l'Inspecteur national de Justice, ainsi que la Résolution n° 175/2013 de ce Conseil ;

Vu l'arrêt rendu par le Suprême Tribunal Fédéral, le 05.05.2011, dans les affaires jointes ADPF n° 132/RJ et ADI n° 4277/DF, dans lequel l'union continue, publique et pérenne entre personnes du même sexe a été reconnue comme famille, avec une efficacité *erga omnes* et obligatoire pour toute l'administration publique et tous les organes du pouvoir judiciaire ;

Vu l'arrêt rendu par la Quatrième chambre du Supérieur Tribunal de Justice, le 25 octobre 2011, dans l'affaire REsp 1.183.378/RS, qui a garanti aux personnes de même sexe le droit de marier civilement ;

Vu la Résolution n° 2.121/2015, du Conseil Fédéral de Médecine, qui établit les normes éthiques pour l'usage de techniques de reproduction assistée, d'application obligatoire pour tous les médecins brésiliens ;

Considérant la nécessité d'uniformisation sur le territoire national du registre de la naissance et de la délivrance du certificat de naissance des enfants issus d'une reproduction assistée concernant les couples hétéroaffectifs et homoaffectifs.

Résout :

Art. 1° Le registre de la naissance des enfants nés des techniques de reproduction assistée sera fait dans le livre "A", indépendamment d'autorisation judiciaire préalable et selon la législation en vigueur, en ce que celle-ci est pertinente, moyennant la comparution des deux parents, que le couple soit hétéroaffectif ou homoaffectif et la présentation de la documentation exigée par cette Circulaire.

1° Si les parents sont mariés ou vivent en union stable, la présence d'un seul suffira dans l'acte de registre, à condition qu'il soit muni du terme mentionné à l'article 2°, § 1°, III de cette Circulaire.

2° Dans les hypothèses des enfants de couples homoaffectifs, le registre de naissance devra être adapté pour qu'il y figure les noms des ascendants, sans distinction quant à l'ascendance paternelle ou maternelle.

Art. 2° Il est indispensable, aux fins de registre et d'émission du certificat de naissance, la présentation des documents suivants :

I – déclaration d'enfant né vivant - DNV ;

II – déclaration, sous la forme authentique, du directeur technique de la clinique, centre ou service de reproduction humaine dans lequel la reproduction assistée a été réalisée, en indiquant la technique adoptée, le nom du donateur ou de la donatrice, accompagnée du registre de leurs données médicales de caractère général et les caractéristiques phénotypiques, tout comme le nom de leurs bénéficiaires ;

III – certificat de mariage, certificat de conversion d'union stable en mariage, acte authentique d'union stable ou décision reconnaissance une telle union.

1° Dans les hypothèses de donation volontaire de gamètes ou de gestation pour autrui, les documents doivent être également présentés :

I – acte authentique par lequel le donateur ou la donatrice donne autorise préalablement et expressément que le registre de naissance de l'enfant à être conçu soit fait en nom d'autrui ;

II - acte authentique par lequel le conjoint ou le compagnon du donateur ou de la donatrice autorise préalablement et expressément la réalisation la reproduction assistée.

III - acte authentique par lequel le conjoint ou le compagnon de la bénéficiaire ou la réceptrice de la reproduction assistée autorise expressément la réalisation la reproduction assistée.

2° Dans l'hypothèse de la gestation pour autrui, le nom de la mère porteuse informée dans la déclaration d'enfant né vivant – DNV - ne figurera pas sur le registre.

3° Dans les hypothèses de reproduction assistée *post-mortem*, outre les documents mentionnés ci-dessus, l'autorisation préalable spécifique du décédé, établie par acte authentique, portant l'utilisation du matériel biologique préservé devra être présente, le cas échéant.

4° La connaissance de l'ascendance biologique n'importera pas reconnaissance de lien de parenté et ne produira pas d'effets juridiques entre le donateur ou la donatrice e l'être généré par le biais de la reproduction assistée.

Art. 3° Il est interdit aux Officiers de l'état civil de refuser le registre de naissance et la délivrance du certificat de naissance aux enfants issus des techniques de reproduction assistée, dans les termes de cette Circulaire.

1° Tout refus de registre et de délivrance de certificats de naissance doit être communiqué au juge inspecteur pour les mesures disciplinaires applicables.

2° Tous les documents mentionnés à article 2° de cette Circulaire devront demeurer archivés en livre propre auprès du Registre Civil.

Art. 4° Cette Circulaire entre en vigueur dans la date de sa publication.

Brasília, le 14 mars 2016.

Ministre NANCY ANDRIGHI

Inspecteur National de Justice

## Annexe n°4 : Questionnaire n° 3 Contribution pour le Luxembourg Jordane Segura

***Quel est le contexte politico-culturel des dispositions législatives transmises pour la synthèse générale de droit comparé ?***

***La gestation pour autrui.*** A ce jour, la législation luxembourgeoise ne prévoit pas de dispositions concernant la gestation pour autrui.

Pour illustration, voir notamment la réponse commune de M. François BILTGEN, Ministre de la Justice et de M. Mars DI BARTOLOMEO, Ministre de la Santé (en date du 8 avril 2013), à la question parlementaire n° 2589<sup>1891</sup> : « *Le Luxembourg fait partie du groupe d'Etats où la gestation pour autrui n'est pas réglementée. Bien que non expressément interdite, les conventions de maternité de substitution sont a priori nulles et sans effet, et ce en vertu du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.* »

Toutefois, le projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation<sup>1892</sup> – déposé le 25 avril 2013 devant la Chambre des Députés et toujours, actuellement, en cours de travaux parlementaires – prévoit d'interdire expressément, dans la loi luxembourgeoise, la pratique de la gestation pour autrui.

Sur ce point, l'Exposé des motifs du texte indique explicitement que « [...] *la gestation pour autrui doit demeurer une pratique interdite, au vu des difficultés rencontrées par les enfants nés d'une gestation pour autrui et surtout au vu du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes dans notre droit. Ainsi, au vu du Programme Gouvernemental de 2009, de l'avis de 2001 de la Commission Nationale d'Ethique, il est proposé d'interdire formellement les conventions de gestation pour autrui et de prévoir des sanctions pénales en cas de non-respect, en s'inspirant en partie des dispositions françaises (art. 16-7 Code Civil et art. 227-12 al. 3 et 4 Code pénal)* »<sup>1893</sup>.

***L'adoption de l'enfant par les couples de personnes de même sexe.*** Récemment, au Luxembourg, avec l'adoption de la loi du 4 juillet 2014<sup>1894</sup>, entrée en vigueur au début de l'année 2015, le mariage a été ouvert aux couples de personnes de même sexe. Depuis lors, l'article 143 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil luxembourgeois dispose que « *deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage* ».

En outre, la loi de 2014 permet aussi aux couples de personnes de même sexe d'adopter des enfants, ce qui constituait l'un des points les plus controversés du texte.

Le droit luxembourgeois reconnaît deux formes d'adoption. Il s'agit, d'une part, de l'adoption simple et, d'autre part, de l'adoption plénière. Dans les conditions établies par le droit luxembourgeois, l'adoption – simple ou plénière – de l'enfant par les couples de personnes de même sexe est possible.

Le contexte politico-culturel dans lequel la réforme relative à l'adoption de l'enfant par les couples de personnes de même sexe a été réalisée permet d'être établi, notamment par l'analyse rétrospective des articles parus dans la presse nationale sur ce sujet, avant et au moment du vote de la loi du 4 juillet 2014.

---

<sup>1891</sup> Cf. Chambre des Députés Grand-Duché de Luxembourg, Compte rendu des séances publiques n° 8, Session ordinaire 2012-2013, Q120 ;

[http://www.chd.lu/wps/PA\\_ArchiveSolR/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1180685&fn=1180685.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_ArchiveSolR/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1180685&fn=1180685.pdf)

<sup>1892</sup> Cf.

[http://www.chd.lu/wps/PA\\_RoleEtendu/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexpdata/Mag/114/280/121739.pdf](http://www.chd.lu/wps/PA_RoleEtendu/FTSByteServletImpl/?path=/export/exped/sexpdata/Mag/114/280/121739.pdf)

<sup>1893</sup> Cf. Projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation, *Exposé des motifs – Considérations générales*, page 13.

<sup>1894</sup> Mémorial A n° 125 du 17 juillet 2014, pages 1798 et suivantes ;

<http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2014/0125/a125.pdf#page=2>

De plus, il apparaît que des articles également parus sur ce sujet après l'adoption du texte législatif permettent de compléter le regard porté sur ce contexte politico-culturel.

Aussi, une sélection – certes, non exhaustive – d'articles de presse est présentée ci-après, suivant l'ordre chronologique de parution des différentes publications.

Sur la base des articles de la presse nationale luxembourgeoise référencés ci-dessous<sup>1895</sup>, ainsi qu'au regard des documents parlementaires intéressant la problématique traitée, le contexte politico-culturel dans lequel la réforme relative à l'adoption de l'enfant par les couples de personnes de même sexe a été réalisée, est préalablement présenté.

Au sein du Grand-Duché de Luxembourg, le débat relatif à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe s'est déroulé dans une certaine sérénité.

D'une part, l'opposition au mariage et à l'adoption par les couples de personnes de même sexe ne s'est nullement traduite par des manifestations similaires à celles qui ont notamment pu être observées en France, à l'occasion des discussions portant sur le projet de loi relatif au « *mariage pour tous* ».

D'autre part, au Luxembourg, qui est un pays de tradition catholique, l'Eglise catholique a défendu sa position, sans toutefois polémiquer, à la différence de l'Espagne, par exemple, où l'ouverture du mariage aux couples de même sexe a été davantage critiquée par l'Eglise.

Initialement, le mariage des couples de personnes de même sexe avait été inscrit dans le programme gouvernemental du 29 juillet 2009, établi par Monsieur Jean-Claude JUNCKER, alors Premier ministre du Luxembourg, issu du Parti chrétien-social (CSV). Le projet de loi avait ensuite été déposé au cours de l'été 2010, par le Ministre de la Justice, également issu du Parti chrétien-social.

Dans un premier temps, le projet de loi de 2010 proposait d'ouvrir uniquement l'adoption simple – et non l'adoption plénière – aux couples de personnes de même sexe, qu'ils soient mariés ou vivant dans un partenariat enregistré<sup>1896</sup>. Toutefois, pour le Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, une telle distinction établie entre, d'une part, les couples de personnes de sexes différents pour lesquels toutes les formes d'adoption étaient ouvertes et, d'autre part, les couples de personnes de même sexe pour lesquels seule l'adoption simple était ouverte, portait atteinte au principe de l'égalité des citoyens. Par la suite, les différents partis politiques (à l'exception de l'ADR – *Alternativ Demokratesch Reformpartei* –) se sont entendus pour accorder le droit à toutes les formes d'adoption à tous les couples mariés.

Les discussions portant sur le projet de loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe ont finalement reprises, sous l'impulsion du Gouvernement suivant, formé en 2013 par le nouveau Premier ministre libéral, Monsieur Xavier BETTEL, issu du Parti démocratique (DP).

En avril 2014, l'Initiative SFK – *Schütz fir d'Kand* – « *Défense de l'Enfant* » a déposé une pétition publique intéressant le projet de loi visant à ouvrir aux couples de personnes de même sexe le droit au mariage et à l'adoption.

Le but d'une telle pétition publique est d'ouvrir un débat public à la Chambre des Députés. Plus précisément, si la demande de pétition publique remplit les critères de recevabilité définis, la pétition est publiée en vue de la collecte de signatures sur le site Internet de la Chambre des Députés, durant une période de quarante-deux jours. Parallèlement, un forum de discussion est ouvert sur le même site Internet. A partir du moment où la pétition publique recueille quatre mille cinq cents signatures, un débat public au sein de la Commission des Pétitions et de la Commission sectorielle concernée est organisé, en présence d'un maximum de six pétitionnaires et du Ministre compétent. Enfin, le débat est retransmis par « *Chamber TV* ».

Néanmoins, la demande de débat public fondée sur la pétition déposée par l'Initiative SFK a été rejetée en juin 2014 par la Commission des Pétitions de la Chambre des Députés, au motif que la pétition n'avait pas recueilli le nombre suffisant de signatures électroniques, les signatures papier ne pouvant être

---

<sup>1895</sup> Voir *infra*.

<sup>1896</sup> Cf. le projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption n° 6172.

additionnées aux signatures électroniques<sup>1897</sup>. Depuis lors, un recours administratif a été exercé par l'Initiative SFK à l'encontre de cette décision<sup>1898</sup>.

Finalement, à l'issue d'un consensus au sein des partis politiques (à l'exception de l'ADR et de Monsieur Aly KAES, député issu du CSV), la loi ouvrant aux couples de personnes de même sexe le droit au mariage et à l'adoption a été votée par la Chambre des Députés, à une large majorité de cinquante-six voix contre quatre.

Le Luxembourg est, ainsi, devenu le onzième pays européen à reconnaître le « *mariage pour tous* », après les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, la Suède, la Norvège, le Portugal, l'Islande, le Danemark, la France et la Grande-Bretagne.

Au Luxembourg, cette réforme adoptée en 2014 est intervenue dix ans après l'introduction du partenariat<sup>1899</sup>, qui est l'équivalent du PACS français, et qui se définit comme « *une communauté de vie de deux personnes de sexe différent ou de même sexe [...], qui vivent en couple et qui ont fait une déclaration* ».

La loi du 4 juillet 2014 est entrée en vigueur, au Luxembourg, le 1<sup>er</sup> janvier 2015.

Peu de temps après l'entrée en vigueur du nouveau texte législatif, le 15 mai 2015, Monsieur Xavier BETTEL, Premier ministre du Grand-Duché de Luxembourg, a épousé son compagnon, Monsieur Gauthier DESTENAY.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi, il semble que l'adoption plénière, par une femme, de l'enfant biologique de sa conjointe, soit acceptée facilement, comme une simple formalité, par les tribunaux luxembourgeois<sup>1900</sup>.

---

<sup>1897</sup> Voir *infra*, articles de presse portant sur ce sujet.

<sup>1898</sup> Voir *infra*, article de presse : « *Mariage homosexuel et déni de démocratie : jusqu'où ira la Chambre des Députés ?* ».

<sup>1899</sup> Cf. la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats : Mémorial A n° 143 du 6 août 2004, pages 2020 et suivants.

<sup>1900</sup> Voir *infra*, article de presse : « *Adopter au Luxembourg pour les couples homosexuels femmes : un jeu d'enfant* ».



- **« Le mariage s'ouvrira d'ici l'été », Le Quotidien, 30 janvier 2014, page 4 :**

« Les travaux de la commission juridique, interrompus par les élections anticipées, ont repris leur cours. L'enjeu est de taille puisque les discussions portent sur l'introduction du mariage pour tous. Paul-Henri Meyers (CSV) ne fait plus partie de la majorité mais demeure le rapporteur de cette loi. « Nous avons un consensus de tous les membres de la commission, c'est vraiment ce que j'aimerais souligner. Nous avons repris là où les travaux s'étaient arrêtés. Mais le but est de voter la loi du mariage pour tous avec adoption simple et plénière », explique Viviane Loschetter, présidente de la commission juridique. Tout le monde est d'accord sauf qu'il reste encore quelques détails d'ordre technique, des amendements qui vont être transmis au Conseil d'État: « Il faut être le plus précis possible pour éviter que les amendements soient refusés et qu'on perde du temps », poursuit Loschetter. En cause, des formules qui vont devoir changer car on ne parlera plus à l'avenir d'époux, père, mère etc. Jusque-là, le Grand-Duché s'est inspiré de la loi belge qui a gardé une distinction des sexes. Il va donc falloir faire preuve de prudence: « Il ne reste plus qu'à clarifier la formulation, car cela pourrait avoir des incidences sur d'autres lois. » Mais mis à part ces détails d'ordre technique, le timing législatif est pour le moment respecté: « Il est fort probable que la loi soit votée avant les vacances de juillet. Et que nous puissions célébrer les premiers mariages pour tous dès le mois de septembre », indique Viviane Loschetter. A. S. »

- **« Vers une pétition contre le mariage homosexuel ? », l'Essentiel, 14 avril 2014<sup>1901</sup> :**

« Les pétitions électroniques commencent à faire partie du paysage démocratique au Luxembourg. Une semaine après leur instauration, sept nouvelles pétitions sont en ligne depuis ce lundi. Pour donner lieu à un débat public, les documents doivent recueillir au moins 4 500 signatures. Les internautes pourront notamment s'exprimer sur des sujets liés au transport, avec par exemple un texte demandant un référendum sur la poursuite du projet de tramway. En milieu d'après-midi, il avait recueilli 149 signatures. Une autre pétition demande à ce qu'avant la réorganisation des services de transport dans la capitale, des études globales soient réalisées pour analyser leur impact. L'universitaire Luc Berardin a, quant à lui, déposé un texte pour exiger que les subventions aux véhicules électriques s'appliquent également aux deux-roues.

Les autres pétitions concernent des sujets aussi variés que l'instauration d'un revenu de base universel pour tous, la révision de la hauteur des trottoirs, ou encore l'obligation pour tous les services multimédia enregistrés au Grand-Duché de fournir leur service aux habitants du pays. Le thème des bourses, objet de la première pétition en ligne la semaine dernière, est de nouveau à l'ordre du jour, puisque Christophe Knebler, secrétaire adjoint du LCGB, demande à ce que leur montant soit fixé à 4 000 euros, avec en plus une partie variable utilisant entre autres comme critère le fait de payer un loyer.

#### **Les pro et anti mariage gay s'affrontent déjà**

Deux autres textes actuellement en examen de recevabilité pourraient créer la polémique dans le pays s'ils franchissaient l'obstacle de la commission des pétitions. Le premier, écrit par Joé Thein, conseiller communal de Pétange (ADR), s'oppose à l'ouverture du droit de vote aux étrangers. Enfin, un collectif demande l'abandon ou la soumission à référendum, du projet de loi visant à ouvrir le mariage, l'adoption et la procréation médicalement assistée aux homosexuels, « dans l'intérêt de l'enfant ». Le texte s'insurge contre l'instauration d'un « droit à l'enfant » et la création d'une « enfance sans père ou sans mère ».

L'ASBL Rosa Lëtzebuerg, qui défend les homosexuels, a réfuté ce lundi ces arguments, estimant que « la configuration de la famille n'influence pas forcément le développement de l'enfant ». L'ASBL appuie cette affirmation sur une étude réalisée en juillet 2013 par le Statec, soulignant que seuls 8,3% des foyers luxembourgeois sont composés d'un père et d'une mère de famille. Le débat est lancé. »

<sup>1901</sup> <http://www.lesessentiel.lu/fr/news/luxembourg/story/18642971>

- « Ils ne veulent pas du mariage homo », Le Quotidien, 9 mai 2014, page 3 :

« L'initiative «Défense de l'enfant» s'oppose à l'ouverture annoncée du mariage, de l'adoption et de la PMA aux couples de même sexe. Elle a lancé une pétition visant à l'abandon de ces projets. Les auteurs de la pétition avaient convoqué la presse, hier, pour exposer leurs arguments. Si un certain nombre de questions soulevées ne manquent pas d'intérêt en soi, leur lien avec les projets de loi auxquels les pétitionnaires s'opposent n'est toutefois pas évident. De notre journaliste Olivier Landini Si cette loi est votée - je le dis ici très solennellement, je le dis devant l'Histoire - ça va être un gros bordel. Et notre législateur devrait en avoir conscience. Ils (NDLR : les politiques) ne se posent visiblement aucune question. Ils sont dépendants de leur clientèle. Ils devraient peut-être réfléchir un peu à l'intérêt général et réfléchir aux conséquences pour la société.» Les propos sont violents! M Jean-Jacques Lorang, ne mâche pas ses mots. Il fait partie de l'initiative «Défense de l'enfant» qui a lancé la pétition publique demandant, «dans l'intérêt de l'enfant», l'abandon des projets de loi ouvrant le mariage, l'adoption et la PMA (procréation médicalement assistée) aux couples de même sexe. Les auteurs de la pétition publique 343, qui a récolté jusqu'à présent un peu moins de 680 signatures (4500 signatures sont nécessaires pour donner lieu à un débat public à la Chambre des députés), avaient hier convoqué la presse pour exposer leurs arguments. Ils n'auront pas manqué à cette occasion de souligner à plusieurs reprises que leur initiative n'a rien d'homophobe. Celle-ci viserait uniquement à protéger «l'intérêt supérieur de l'enfant». Parmi les arguments avancés, on retrouve en premier lieu celui du droit naturel de l'enfant à connaître ses parents biologiques. «L'enfant a un droit inaliénable à connaître son origine, à savoir dans quelle filiation biologiquement crédible il s'inscrit», indique M Lorang. Or, les projets de loi dont il est question comporteraient précisément la suppression de ce droit, à en croire l'avocat. Ils seraient donc non seulement anticonstitutionnels mais également contraires à plusieurs conventions internationales ratifiées par le Luxembourg. « Il est urgent d'attendre» Tout en disant avoir de la «sympathie» pour le «désir d'enfant» exprimé par des couples homosexuels, les pétitionnaires s'offusquent néanmoins qu'un «droit à l'enfant» (entraînant selon eux une filiation d'intention et non plus biologique) soit désormais instauré uniquement pour satisfaire un désir émanant d'adultes. «L'enfant n'est pas un objet, mais un sujet de droit», souligne l'avocat qui refuse l'idée d'un «enfant-objet». «La question des origines est une question existentielle. Et si ces lois passent, dans 40 ans nous aurons des individus qui ne savent pas qui est leur père», s'insurge Cyrille Callies, un autre signataire de la première heure. «Le mariage homo n'est pas quelque chose de marginal. Il nous concerne tous», ajoute-t-il, évoquant dans ce contexte un «déli» de réalité au niveau politique. Jean-Jacques Lorang poursuit en expliquant qu'il serait également faux de croire qu'il serait possible d'ouvrir l'institution que représente le mariage aux couples homosexuels sans leur autoriser l'adoption. «En droit civil, le mariage est la clé d'accès aux droits parentaux», indique-t-il. Pour cette raison, il serait donc également illusoire de penser que la GPA (Gestation pour autrui), qui ne figure pas pour l'instant, dans les projets de loi, reste longtemps interdite aux couples de sexe masculin. Et ce, pour des motifs d'égalité de traitement. Les pétitionnaires reprennent également comme argument, celui plus classique, du besoin supposé pour le bon développement de l'enfant d'avoir des interactions à la fois masculines et féminines. Nous n'aurions pas encore suffisamment de recul scientifiquement parlant pour juger des conséquences d'une homoparentalité sur le développement des enfants. «Il est urgent d'attendre», estime ainsi Marie Josée Estgen, autre signataire, pédopsychiatre de profession. Dernier argument avancé par les pétitionnaires : celui de voir se démultiplier le business autour des adoptions et des procréations assistées ou artificielles. Selon la pédiatre et signataire de la pétition, Michèle Kayser-Wengler, les intérêts économiques ne manqueront pas, dans ce contexte, de s'emparer de ce nouveau marché. Elle rappelle par ailleurs que le nombre d'enfants adoptables reste limité dans le monde. Si différents points soulevés par les opposants au projet de loi ne manquent a priori pas d'intérêt (la possibilité pour les enfants d'avoir accès à leur origine, celle des technologies permettant de procréer, et le développement du business autour de ce marché), il n'en reste pas moins que les problèmes qu'ils posent n'ont, en soi, aucun lien spécifique avec la seule ouverture aux couples de même sexe, des droits dont disposent aujourd'hui les couples hétérosexuels »

- « Mariage homo et enfant – Une réponse à l'éditorial du 15 mai », Le Jeudi, 22 mai 2014, page 44 :

« Dans l'édition du 15 mai de votre journal, Jacques Hillion, évoquait l'Initiative «Schütz fir d'Kand - Défense de l'Enfant» dans son éditorial intitulé «Quelle opposition?». Merci tout d'abord d'avoir cité cette démarche de contestation des projets de loi n° 6172 et 6158. Merci car, ce faisant, vous êtes venu rompre le silence «assourdissant» qui entoure la question de l'ouverture du mariage, de l'adoption et de la procréation médicalement assistée aux personnes de même sexe. Comment imaginer que dans un pays de tradition démocratique comme le Luxembourg, alors que des projets de loi ont été préparés, alors qu'une lettre ouverte argumentée de six pages a été adressée voici plus d'un mois à l'ensemble des députés (accessible sur [www.schutzfirkand.lu](http://www.schutzfirkand.lu)), aucun débat sur le fond ne soit parvenu à émerger dans l'espace médiatique. L'avenir de nos enfants vaut-il moins que la question de savoir s'il vaut mieux des bus qu'un tramway à Luxembourg? Comme vous le rappelez très justement, ce sujet impacte l'évolution du modèle familial et, par là, l'évolution de la société dans son ensemble. Dans votre éditorial, vous évoquez le fait que nous défendons un «modèle familial traditionnel qui a déjà du plomb dans l'aile». Il est certain que, dans une certaine mesure, les faits vous donnent raison. Dans la société occidentale actuelle, les familles sont effectivement diverses dans leur composition et leur forme. Face à cette diversité, rien n'interdit toutefois de s'interroger encore si toutes ces façons de «faire famille» se valent, en particulier lorsqu'il s'agit de garantir le meilleur cadre affectif et éducatif pour les enfants. Certes, la pensée progressiste accorde une sorte d'«a priori» positif à tout ce qui est nouveau et tend à considérer par réflexe que toute évolution est bonne par essence. L'humanité irait ainsi constamment vers un meilleur futur. Le progrès n'est hélas pas une notion qui se déploie de façon systématiquement linéaire et homogène dans le temps. L'Histoire regorge ainsi d'exemples de réputés progrès qui se sont révélés d'authentiques retours en arrière. Les évolutions, qu'elles soient techniques ou sociétales, invitent le sage à la prise de recul et à l'examen raisonné des conséquences à court et long termes. Dans ce contexte, on pourrait espérer que l'Etat, dont un des rôles devrait être de formuler les normes qui configurent la société dans le sens de l'intérêt général, ait vérifié attentivement que ce qui est présenté comme une évolution positive ne recouvre en fait pas une erreur dont pâtiront les générations futures. Au cas d'espèce, l'Initiative «Schütz fir d'Kand / Défense de l'Enfant» pense - et argumente méthodiquement - que ces projets de loi ne vont pas dans le sens d'un authentique progrès sociétal. Admettez qu'un tel sujet vaut bien un débat, un peu de modestie dans les certitudes et peut-être même l'application du principe de précaution! Vous remarquez également très justement dans votre éditorial qu'aucune opposition institutionnalisée ne s'est levée sur le sujet. Et pour cause, les projets de loi dont nous parlons ont même été préparés par la majorité précédente. C'est en grande partie, peut-être, parce que la ligne de partage entre les partisans et les opposants à ces projets ne suit pas la ligne de fracture droite/gauche historique. L'opposition tend selon nous à s'exercer davantage entre les tenants d'un humanisme qui reconnaît inconditionnellement la valeur de chaque personne humaine contre les tenants d'une vision plus matérialiste. Ainsi, dans le premier cas, l'enfant est inconditionnellement un sujet de droit - en l'occurrence le droit à connaître et être élevé à chaque fois que possible par ses géniteurs - quand, dans le second, il devient l'«objet» du droit ou du désir d'autres individus. C'est ainsi que nous pensons que l'ouverture du «droit à l'enfant» pour les couples homosexuels induira à court ou moyen terme la création d'un «marché de l'enfant», marché qui se fait déjà jour, par exemple, à travers le développement des mères porteuses (gestation pour autrui) dans un certain nombre de pays. C'est pour réclamer ce débat que, à travers l'Initiative «Schütz fir d'Kand - Défense de l'Enfant», des psychiatres, des pédiatres, des juristes, des parents issus de la société civile ont déposé une pétition publique auprès de la Chambre des députés. CLEMENT ROUSSEAU »

- **« Mariage homo », Le Quotidien, 6 juin 2014, page 3 :**

*« Dans une lettre ouverte, Fernand Kartheiser a demandé à l'archevêque Jean-Claude Hollerich de «prendre clairement position, au nom de l'Église catholique au Luxembourg» sur les projets de loi portant sur le mariage homosexuel et le droit à l'adoption pour les couples homosexuels. Des textes, qui, selon le député ADR, «s'opposent clairement aux valeurs chrétiennes et aux vérités de la foi». D'après Fernand Kartheiser, «tous ceux, qui s'engagent volontairement et par conviction pour les causes chrétiennes comptent aujourd'hui sur votre appui» »*

- **« Contre l'adoption ouverte aux couples de même sexe – La pétition de l'Initiative Schutz fir d'Kand rejetée », Luxemburger Wort, 16 juin 2014<sup>1902</sup> :**

*« L'Initiative Schutz fir d'Kand avait l'intention, par le biais de cette pétition, d'ouvrir un débat public à la Chambre des députés concernant les projets de lois sur le mariage homosexuel et sur l'adoption ouverte aux couples de même sexe, dont le premier volet doit être voté mercredi après-midi.*

*La commission des Pétitions a rejeté à l'unanimité la demande, lundi en fin de matinée.*

*Dimanche 15 juin, l'Initiative Schutz fir d'Kand avait annoncé avoir atteint le seuil des 4.500 signatures requis pour la validité d'une pétition publique, en précisant avoir recueilli 3.188 signatures sur Internet et 1.563 sous forme de signatures papier.*

*En fin de semaine dernière, le président de la Chambre, Mars Di Bartoloméo, avait précisé que si cette pétition publique atteignait les 4.500 signatures, le vote devait être ajourné. Les pétitionnaires auraient en effet été en droit d'exiger un débat à la Chambre en présence des membres de la commission des Pétitions, d'une délégation de pétitionnaires et du ministre compétent. Toutefois le président de la Chambre avait indiqué à wort.lu qu'il n'était pas question d'additionner les signatures papier aux signatures électroniques : « On ne peut pas les fusionner ; ce sont deux procédures différentes, avec des processus, des délais et des contrôles différents », avait-il expliqué.*

*La pétition en ligne s'est close samedi soir et M. Di Bartoloméo a fermé la porte à l'idée d'un allongement du délai de six semaines : « Nous ne pouvons pas permettre d'exception. Les mêmes règles et les mêmes délais doivent s'appliquer à chaque pétition électronique ». Ce lundi, le président de la commission des Pétitions, Marco Schank, a ajouté que «les règles ne changent pas en cours de route et restent les mêmes pour tout pétitionnaire», appelant lui aussi à bien faire la distinction entre une procédure en ligne (pétition publique) et une procédure sur papier (pétition ordinaire).*

#### **Bilan des premières pétitions publiques à l'automne**

*La pétition publique est une nouvelle procédure qui a été présentée mi-mars à la Chambre. Contrairement aux pétitions sur papier, le délai pour la version électronique est limité à six semaines. Plus d'une soixantaine de requêtes ont été faites depuis. Les députés de la commission des Pétitions ont prévu de faire le bilan à l'automne des premières expériences faites avec ce nouvel outil.*

*La réforme du mariage est qualifiée par le Conseil d'Etat comme « la plus fondamentale » depuis l'instauration de l'union civile en 1804. Le changement majeur concerne l'ouverture du mariage et de l'adoption (plénière) aux couples homosexuels. Le projet de loi renforce par ailleurs la lutte contre le mariage forcé, fixe l'âge légal à 18 ans (sauf exception grave) et abandonne l'examen médical obligatoire avant le mariage civil.*

*L'Initiative Schutz fir d'Kand n'a pas fait mystère de son hostilité devant cette évolution, jugeant que cette loi ouvrira la voie à « d'autres revendications maritales » telles la polygamie ou encore à « la procréation artificielle de pure convenance, aux techniques dévalorisantes pour la personne humaine ». Elle a notamment insisté sur la question de la PMA alors que, comme le confirme le député Paul-Henri Meyers, rapporteur du texte, le projet de loi n'aborde ni cette question, ni celle de la mère porteuse.*

<sup>1902</sup> <http://www.wort.lu/fr/luxembourg/contre-l-adoption-ouverte-aux-couples-de-meme-sexe-la-petition-de-l-initiative-schutz-fir-d-kand-rejetee-539ee49cb9b3988708037bad>

Toujours est-il que mercredi, les députés ne se pencheront que sur les questions liées au mariage. Le projet de loi lié à l'adoption n'a pas encore de date définie : « Le gouvernement doit d'abord amender le projet pour le rendre conforme à l'avis rendu par le Conseil d'Etat », indique M. Meyers. L'an dernier, le Conseil d'Etat avait pointé un risque de discrimination alors que le projet proposait l'adoption simple pour les couples homosexuels tandis que les couples hétérosexuels bénéficient du droit à l'adoption plénière d'un enfant. »

- **« Les députés disent oui au mariage homosexuel », l'Essentiel, 18 juin 2014**<sup>1903</sup> :

« Le Luxembourg n'est ni précurseur ni en retard. Après le vote de ce mercredi, le Grand-Duché est le 11e pays européen à reconnaître le mariage pour tous. 56 députés ont voté pour, 4 députés ont voté contre, à savoir les trois députés ADR ainsi qu'Aly Kaes (CSV).

Les couples de même sexe auront également droit à l'adoption plénière. «Les homosexuels faisaient longtemps face à une discrimination, ils ont ces dernières années fait preuve d'un énorme courage pour faire leur coming out. Ils doivent avoir les mêmes droits que les hétérosexuels, a expliqué à la Chambre, Viviane Loschetter, chef de fraction de Déi Gréng. Avec cette loi, nous ne jetons pas par-dessus bord toutes les valeurs de notre société. Nous n'instituons pas de nouvelles formes perverses de sexualité. Ce que nous instituons, ce sont les mêmes droits pour les mêmes sexes. Nous reconnaissons officiellement une forme de relation qui existe depuis toujours».

«Le grand problème c'est qu'il y a une peur, une incertitude et peut-être même une homophobie. Ce n'est pas toujours explicite mais parfois on le constate en lisant entre les lignes. Nous devons lutter contre ces clichés», a regretté Alex Bodry, chef de fraction LSAP. Il a par ailleurs souligné qu'on ne saurait imputer à cette nouvelle loi un mauvais développement de l'enfant étant donné que les relations sont loin d'être parfaites dans certaines familles hétérosexuelles. «Il existe actuellement dans ces familles de nombreux enfants délaissés et victimes de violences», a-t-il rappelé.

**«Le mariage est ruiné»**

Si les grands partis politiques étaient unis sur la question après cinq ans de débat, l'ADR s'y est clairement opposée. «La revendication la plus importante de notre société, le mariage, est ruinée. Le terme sera usurpé, s'est énérvé Roy Reding (ADR). L'objectif du mariage est le fondement d'une famille, pourquoi alors l'appliquer à des couples qui par définition ne peuvent pas procréer? Autoriser l'adoption plénière pour les couples de même sexe, c'est pour moi, accorder plus d'importance aux droits d'une minorité, qu'aux droits des enfants».

La question, aussi, ne fait pas l'unanimité au sein de la population. Une pétition électronique avait tenté de bloquer le texte mais n'avait pas recueilli le nombre de signatures suffisantes. »

- **« Feu vert pour le mariage homo », Le Quotidien, 19 juin 2014, page 2** :

« C'est avec une très large majorité que la Chambre a validé, hier, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Seuls l'ADR et Aly Kaes (CSV) ont voté contre. Dix ans après avoir introduit le partenariat civil (pats) pour l'ensemble des couples, le Luxembourg a officiellement introduit, hier, le mariage pour les couples de même sexe. Ce pas qualifié de «décisif» pour lutter contre les discriminations et «renforcer» la famille bénéficie d'un très large soutien politique. Le mariage pour tous devrait entrer en vigueur le 1er janvier prochain. De notre journaliste David Marques.

La sérénité a marqué, hier, à la Lâ Chambre, le débat d'un peu plus de cinq heures sur la réforme du mariage. Si ce texte comprend de nombreux éléments qui doivent améliorer l'égalité entre hommes et femmes (lire par ailleurs), l'ouverture du mariage aux couples homosexuels constitue bien évidemment l'élément et la nouveauté majeure de cette réforme sociétale, attendue depuis de longues années. Au vu

<sup>1903</sup> <http://www.lesessentiel.lu/fr/news/luxembourg/story/Les-deputes-disent-oui-au-mariage-homosexuel-19923901>

de l'importance que revêt ce texte législatif, les intervenants du CSV et du LSAP ont d'ailleurs tenu à tirer la couverture à eux pour déclarer qui avait le plus de mérite dans l'élaboration de cette loi qui constitue une réforme en profondeur de l'institution du mariage au Luxembourg. «Vous dites bien que vous êtes prêts à parler de tout, mais il a souvent été difficile de trouver un accord avec le CSV sur les questions sociétales», a ainsi rétorqué le chef de fraction du LSAP au jeune député CSV Léon Gloden. La pilule du divorce des deux anciens coalitionnaires ne semble toujours pas digérée. La portée du texte adopté hier par 56 voix pour - seuls les trois députés ADR et le député CSV Aly Kaes ont voté contre - va cependant bien au-delà des pseudo-querelles entre les partis politiques. «Ce texte de loi pose de nouveaux accents. Il s'agit d'un texte moderne, qui servira de base pour d'autres réformes sociétales nécessaires», a fait remarquer le rapporteur Paul -Henri Meyers (CSV), félicité de toutes parts pour son travail serein dans l'intérêt de la chose. Sur un air plus poétique, Léon Gloden (CSV) a avoué avoir eu au début des difficultés à accepter l'ouverture du mariage. «Or, en fin de compte, qui sommes nous pour refuser des droits à deux personnes qui s'aiment, droits dont nous voulons aussi bénéficier», s'est interrogé le jeune député avant de confirmer le feu vert du CSV pour le texte de loi. Le mariage est «ruiné» pour l'ADR. Les représentants de la majorité étaient bien plus euphoriques dans leurs déclarations de soutien. «C'est un moment de grande satisfaction. La société luxembourgeoise est prête pour faire ce pas en avant», a ainsi déclaré Alex Bodry (LSAP), qui a rappelé que son parti milite depuis 1999 pour l'ouverture du mariage. «Il s'agit d'un moment émotionnel», a pour sa part affirmé Viviane Loschetter (déi gréng), qui évoque «un véritable acquis» pour ceux qui militent depuis longtemps pour cette ouverture. Pour Simone Beissel (DP), il s'agit d'un «acte très important qui formalise et officialise la reconnaissance des mêmes droits et obligations pour tous». À l'image de bien d'autres de ses collègues, Alex Bodry a en outre rappelé la nécessité que la politique suive les évolutions sociétales. «Avec cette réforme, nous renforçons les institutions que sont le mariage et la famille et nous éliminons des discriminations», a rappelé le chef de la fraction socialiste en réponse aux détracteurs, parmi lesquels compte avant tout l'ADR. «Avec cette réforme, le mariage est ruiné et usurpé. Pour les droits d'une minorité, on remet en danger le principe du mariage et de la famille, qui doivent assurer la procréation», a lancé le député Roy Reding avant de faire part de sa crainte «de nouvelles attaques contre le mariage» comme l'autorisation à des polygames de pouvoir se marier. Tout cela a provoqué l'ire du ministre de la Justice, Félix Braz (déi gréng), qui a tenu à rappeler que le texte «n'enlève rien à personne». «Le principe de la liberté reste d'application. Chaque couple pourra décider librement de se marier ou pas. Le Luxembourg est devenu aujourd'hui (NDLR : hier) un pays plus solidaire et plus équitable», a conclu le ministre sans oublier de rappeler les mérites de ses deux prédécesseurs chrétiens sociaux François Biltgen et Octavie Modert dans ce progrès sociétal.

L'adoption reste au cœur du débat. Avec l'entrée en vigueur du mariage pour tous, tout couple marié aura le droit d'introduire une demande d'adoption. Ce principe d'égalité reste contesté. Le cheminement vers l'ouverture du mariage aux couples homosexuels a été long et épineux. Alors qu'en 2010, l'ancien gouvernement et la Chambre étaient tombés d'accord pour attribuer uniquement l'adoption simple aux couples homosexuels, ils ont été rapidement rappelés à l'ordre par le Conseil d'Etat qui voyait menacé le principe d'égalité ancré dans la Constitution. «On ne pouvait pas prendre le risque de voter un texte qui aurait été contraire à notre Constitution», a rappelé hier le rapporteur Paul -Henri Meyers (CSV). Les partis de la nouvelle majorité ainsi que le CSV et déi Lénk sont donc tombés d'accord pour accorder le droit à l'adoption plénière à tous les couples mariés, principe contre lequel continue à faire barrage l'ADR. «La famille comme pièce maîtresse de la société est mise en danger», a rappelé hier Roy Reding. Tous les autres intervenants du débat d'hier sont revenus plus positivement sur cette question sensible, qui a d'ailleurs servi de base à la pétition de l'initiative Schütz fir d'Kand. Tout comme l'ADR, les pétitionnaires estiment qu'un enfant doit grandir en compagnie du père et de la mère.

Pas de «droit à l'enfant» «L'image de la famille idéale est cependant à nuancer aujourd'hui», a rétorqué Alex Bodry (LSAP), en rappelant que de nos jours de nombreux enfants vivent dans un ménage monoparental, dans des familles recomposées ou même déjà dans des ménages avec des couples homosexuels. Remettre en question la «capacité» d'un couple homosexuel à élever un enfant constitue une «gifle» ou même un «affront» pour toutes les mères qui élèvent seules leur enfant, ont d'ailleurs tenu à souligner plu sers représentants de la majorité, y compris le ministre de la Justice, Félix Braz. Tout au long du débat à la Chambre, il a d'ailleurs été rappelé que le «droit de l'enfant» continuerait à primer. Le fait que les couples homosexuels mariés pourront formuler une demande d'adoption ne sera en aucun cas à confondre avec un «droit à l'enfant». «La primauté de l'intérêt de l'enfant est déjà

*solidement ancrée dans notre code civil», a d'ailleurs tenu à souligner Alex Bodry en renvoyant vers l'enquête sociale qui est menée avant que les autorités donnent leur feu vert pour une adoption. «Il n'y a pas lieu de faire un amalgame entre droit à l'adoption et mariage homosexuel», a pour sa part souligné Viviane Loschetter (déi gréng). De son côté, le député Léon Gloden (CSV) a tenu à relativiser les choses. «La priorité pour de nombreux couples homosexuels est le mariage, et pas nécessairement l'adoption d'un enfant», a-t-il avancé. Les chiffres présentés en fin de débat par le ministre de la Justice semblent confirmer cette affirmation. Félix Braz a ainsi annoncé hier que sur les six dernières années, une trentaine d'enfants ont été adoptés au Luxembourg. La crainte selon laquelle, des pays pourraient désormais ne plus donner leur feu vert pour l'adoption d'enfants par des couples luxembourgeois en raison de l'ouverture du mariage serait infondée, selon Félix Braz. Tout au plus, les pays concernés pourraient s'opposer à l'adoption par des couples homosexuels. «Dans le même temps, il ne faut pas oublier que de moins en moins d'enfants sont confiés à l'adoption», rappelle le ministre issu des rangs verts. «En fin de compte, l'important est que l'enfant puisse grandir dans un environnement fait de sécurité, de confiance, d'amour et de sincérité», conclut Félix Braz.*

[...]

*Le «merci» a l'Église. Plusieurs intervenants, dont le ministre de la Justice, Félix Braz, ont tenu à souligner hier la sérénité dans laquelle le débat a été mené au Luxembourg au sujet de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Dans ce contexte, l'Église catholique, qui a défendu sa position sans toutefois polémiquer, a été saluée par le ministre mais également par Alex Bodry (LSAP). En Espagne notamment, l'ouverture du mariage était bien plus critiquée par l'Église. ».*

- **« Avec une large majorité le Luxembourg dit oui au mariage homosexuel », Luxemburger Wort, 19 juin 2014<sup>1904</sup> :**

*« Le Luxembourg a autorisé mercredi le mariage et l'adoption pour les couples homosexuels, rejoignant ainsi de nombreux pays européens.*

*Le projet de loi, qui stipule que "deux personnes de sexes différents ou de même sexe peuvent contracter mariage", a été voté par la Chambre des députés avec une large majorité de 56 voix contre quatre. Il permet aussi aux couples de même sexe d'adopter des enfants, ce qui constituait l'un des points les plus controversés du texte.*

*"Le Luxembourg deviendra plus solidaire et plus juste", a déclaré à l'issue des débats le ministre de la Justice, Félix Braz.*

*Ce pays de tradition catholique, qui avait reconnu en 2004 le droit à l'union civile aux couples du même sexe, est ainsi le 11e pays européen à reconnaître le mariage pour tous, après les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Suède et la Norvège (2009), le Portugal et l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France et la Grande-Bretagne (2013).*

[...]

*Les premiers mariages homosexuels devraient être célébrés au début de l'année 2015, la loi devant entrer en vigueur six mois après son vote.*

*"La société luxembourgeoise est prête pour faire le saut", a affirmé le chef de file des députés socialistes, Alex Bodry.*

*Le mariage homosexuel avait été inscrit en 2009 dans le programme de Jean-Claude Juncker, alors Premier ministre issu du parti chrétien-social. Le projet de loi avait été déposé en juillet 2010 par le ministre de la Justice, également chrétien-social, mais le texte traînait depuis 2012, faute de consensus sur la question de l'adoption.*

### **Pas de manifestations**

*Il a été relancé par le gouvernement du jeune Premier ministre libéral Xavier Bettel, qui est depuis fin 2013 à la tête d'une coalition avec les socialistes et les Verts qui a évincé les chrétiens-sociaux du*

---

<sup>1904</sup> <http://www.wort.lu/fr/luxembourg/avec-une-large-majorite-le-luxembourg-dit-oui-au-mariage-homosexuel-53a280e9b9b3988708039698>

pouvoir. M. Bettel, 41 ans, qui assume son homosexualité, s'était marié en Belgique, pays de naissance de son époux, faute de pouvoir le faire dans son pays.

Le mariage gay, qui a fait consensus au sein des partis politiques à l'exception de l'ADR, n'a pas provoqué de manifestations au pays, au contraire de ce qui s'était passé en France l'an dernier.

Les opposants ont dénoncé le "désordre social" qu'entraînera selon eux le mariage homosexuel, affirmant que l'adoption d'un enfant par des couples homosexuels ouvre la voie à d'autres revendications comme la polygamie. Mais ils ne sont pas parvenus à rassembler les 4.500 signatures nécessaires à l'ouverture d'un débat public avant le vote du projet de loi.

[...] ».

- **« Le mariage de Xavier Bettel et Gauthier Destenay », Luxemburger Wort, 15 mai 2015**<sup>1905</sup> :

« En ce 15 mai 2015, le Premier ministre du Luxembourg, Xavier Bettel, 42 ans, épouse son compagnon Gauthier Destenay, quelques mois après l'entrée en vigueur du mariage homosexuel dans le pays ».

- **« Adopter au Luxembourg pour les couples homosexuels femmes : un jeu d'enfant », Le Quotidien, 26 février 2016**<sup>1906</sup> :

« Pour les couples homosexuels femmes, adopter l'enfant biologique de sa conjointe est un jeu d'enfant au Grand-Duché.

Le mariage de couples du même sexe a amené avec lui la légitimité des familles homoparentales, du moins en ce qui concerne les femmes. Pour ces dernières, les tribunaux luxembourgeois acceptent comme une simple formalité que les conjointes adoptent de façon plénière l'enfant biologique du couple. Que ce soit pour les couples hétérosexuels ou homosexuels, il n'existe pas de législation concernant la Procréation médicalement assistée (PMA) au Luxembourg : « Les règles sont fixées par les centres eux-mêmes qui se donnent des règles, avec des critères d'âge qui varient. Les équipes médicales étant plutôt bienveillantes au Luxembourg, les femmes homosexuelles n'ont pas de difficultés à accéder à la PMA. Cela se pratique de toute façon depuis de nombreuses années, avec des moyens « naturels » disons », explique Me Deidre Du Bois, avocate à Luxembourg. En cas de fécondation in vitro, là les choses se compliquent médicalement.

Dans les textes de loi, il faut partir du grand principe que celle qui accouche est par définition la maman de l'enfant. Pour les couples de femmes, la filiation homosexuelle n'est pas automatique à la naissance d'un enfant, que le couple soit marié ou pas. « Dans les textes de loi, l'enfant a un père et une mère, cela ne change pas. Ce qui a par contre changé avec le mariage de couples de personnes de même sexe, c'est que l'adoption plénière ne pose désormais plus aucun problème pour la conjointe. Cela arrive régulièrement au Luxembourg, et c'est l'adoption du mariage gay qui l'a rendu possible », poursuit l'avocate.

Concrètement, pour un couple de femmes, à la naissance, l'enfant est automatiquement lié à sa mère biologique, comme c'est le cas pour les naissances de parents hétérosexuels. C'est seulement aux trois mois de l'enfant que la conjointe, l'autre parent, peut demander un recours pour une adoption plénière de l'enfant : « Cela prend en général deux à trois mois, mais cela passe comme une lettre à la poste, cela ne pose aucun problème et je ne connais pas de cas au Luxembourg où l'adoption dans ce cadre a été refusée. »

<sup>1905</sup><https://www.wort.lu/fr/panorama/15-mai-2015-le-mariage-de-xavier-bettel-et-gauthier-destenay-5555b5090c88b46a8ce594e8>

<sup>1906</sup> <http://www.lequotidien.lu/politique-et-societe/adopter-au-luxembourg-pour-les-couples-homosexuel-femmes-un-jeu-denfant/>



*Si les femmes ont «la chance» de pouvoir enfanter, les couples d'hommes, eux, sont toujours confrontés à l'opposition face à la GPA.*

*Si la gestation pour autrui ne fait pas non plus l'objet d'une législation au Luxembourg, dans les faits, personne ne la pratique : «Cela concerne également les couples hétérosexuels qui n'arrivent pas à avoir d'enfant, car il n'y a pas de don d'ovule au Luxembourg, alors que le don de sperme est largement entré dans les mœurs... Dans notre inconscient collectif, il y a toujours ce mythe de la femme qui accouche, que c'est donc forcément elle la mère», regrette Deidre Du Bois qui se demande si le tout biologique ne deviendrait pas à terme la norme.*

*«Cela aurait des conséquences désastreuses en cas de divorce de couples de femmes avec enfant(s). Est-ce qu'on ne va pas favoriser le lien génétique de l'enfant avec sa mère biologique au détriment de l'autre parent», se demande-t-elle.*

*Pour l'avocate, l'interdiction de la GPA et la non-reconnaissance de la filiation des enfants qui en découle ne vont pas être tenables longtemps : «La GPA est déjà autorisée dans certains pays européens, notamment le Royaume-Uni. Si une telle famille déménage dans un autre pays européen pour des raisons professionnelles, cela veut dire que la filiation ne sera pas reconnue? C'est impossible. Il va falloir encadrer la GPA, c'est sûr, notamment sur la question des mères porteuses. Mais il faut savoir que ce sujet, qui concentre toutes les crispations, ne concerne que des cas très rares finalement. »*

- **« Mariage homosexuel et déni de démocratie : jusqu'où ira la Chambre des Députés ? », Lëtzeburger Journal, 8 juillet 2016, page 21 :**

*« Après avoir été condamnée en novembre 2015 pour violation du droit de pétition, la Chambre des Députés récidive en refusant l'audition publique sur le mariage des personnes de même sexe. L'initiative Schütz fir d'Kand ne laissera pas passer ce nouveau déni de démocratie. Un peu d'histoire: En avril 2014, l'initiative Schütz fir d'Kand initiait, dans l'intérêt de l'enfant, une pétition publique n°343 sur le mariage des personnes de même sexe et la procréation médicalement assistée (PMA). Cette pétition, qui rassembla en 6 semaines 4.750 signatures papiers et électroniques, ouvrait droit à une audition publique télévisée des pétitionnaires à la Chambre des Députés, en présence du ministre compétent. Toutefois, le 16 juin 2014, la Chambre des Députés rejeta cette pétition pour défaut d'atteinte du seuil de 4.500 signatures. Le motif? Seules les signatures électroniques de la pétition seraient admises, pas les signatures papier... (NB : Pourtant, le Règlement de la chambre ne comportait aucune exclusion des signatures papier). Puis sans organiser l'audition publique pourtant due, la Chambre des Députés adopta la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Saisi d'un recours contre cette décision qui discriminait les citoyens non internautes, le Tribunal administratif annula la décision de la Chambre en novembre 2015 et renvoya l'affaire à la Chambre des Députés pour suite à donner. Aujourd'hui: Sept mois d'inaction plus tard et plusieurs fois relancée, la Chambre des Députés, le 16 juin 2016, décide qu'une audition publique sera organisée, mais pas sur le mariage des personnes de même sexe (pourtant l'objet central de la pétition publique n°343). Le motif? Le mariage des personnes de même sexe ayant été voté, il n'y aurait, selon la Chambre, plus lieu à audition publique sur ce sujet. Seul resterait en débat la question de la PMA. Par cet argument du fait accompli, la Chambre des Députés, pourtant censée respecter la loi et les décisions de justice, méconnaît à nouveau le droit de pétition et la démocratie. Premièrement, elle s'auto-accorde une prime à la violation du droit. Ayant voté le mariage des personnes de même sexe sans audition préalable, elle se prévaut de cette circonstance pour refuser ensuite le débat. Pourtant nul ne peut invoquer sa propre faute pour échapper à ses obligations. Deuxièmement, elle laisse entendre qu'une loi sociétale, une fois votée, ne pourrait plus faire l'objet de débat, de modification, d'abrogation. Pourtant, ce qu'une loi fait, une autre peut le défaire. Or, le mariage gay affecte le droit de l'enfant d'avoir un père et une mère. Revenir dessus n'est pas déraisonnable. Troisièmement, elle méconnaît le jugement du Tribunal administratif de novembre 2015, qui a déjà examiné et rejeté l'argument tiré du fait accompli. L'initiative Schütz fir d'Kand dénonce ces agissements de la Chambre des Députés. L'initiative entreprendra toutes les actions utiles pour faire respecter le droit de pétition et pour défendre le droit de l'enfant à connaître et à être élevé par ses parents, conformément à l'article 7 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, qui lie le Luxembourg. INITIATIVE SCHUTZ FIR D'KAND ».*

### Questionnaire n° 3 : Espagne Contexte politique, culturel et social

La loi 13/2005 du 1er Juillet 2005 a modifié le Code civil en déclarant dans son art. 44 « *Le mariage a les mêmes exigences et les mêmes effets, que les deux parties soient de même sexe ou de sexe différent* ».

Avant ce changement, le gouvernement socialiste de José Luis Rodriguez Zapatero avait demandé son avis au Conseil d'Etat, organe consultatif du pouvoir exécutif, qui s'y opposa et proposa comme alternative au mariage homosexuel la création d'une figure *ad hoc*. Cependant, le gouvernement, sous la pression des membres de son propre parti, a présenté un projet de loi, lequel a été approuvé par le Parlement malgré l'opposition du parti populaire (Partido Popular). Contre cette loi un recours devant la Cour constitutionnelle (30/09/2005) a été déposé par 71 députés pour violation du premier alinéa de l'article 32 de la Constitution qui stipule que : « *L'homme et la femme ont le droit de se marier en pleine égalité juridique* ». La Cour constitutionnelle a rendu un arrêt le 6 novembre 2012, rejetant le recours avec le vote contraire de quatre de ses douze juges.

La Cour constitutionnelle a fondé sa décision (STC 198/2012) sur l'art de l'interprétation évolutive. Cet argument, comme la Haute Cour le souligne, se situe hors du champ réglementaire traditionnel ; il fait partie de la « culture juridique », qui suggère que la loi est un phénomène social lié à la réalité. La résolution propose une « lecture évolutive de la Constitution qui stipule qu'aujourd'hui il y a des données quantitatives contenues dans les statistiques officielles, qui confirment qu'en Espagne il y a une large acceptation sociale du mariage entre personnes de même sexe ». L'affirmation de la Cour constitutionnelle selon laquelle la société espagnole (avec aujourd'hui 46,7 millions d'habitants) a changé se basait sur trois enquêtes du Centre de recherche scientifique dont les résultats étaient les suivants :

1er. Étude no. 2568 (1.641 interrogés), Juin 2004 : 66,2% des questionnés croyaient que les couples homosexuels avaient le droit de se marier. Il convient de noter, toutefois, que la formulation des questions est un peu biaisée, car parmi la variété de formes de cohabitation qui sont considérées comme une famille, y compris les couples de deux femmes avec des enfants et de deux hommes avec enfants, on ne propose pas la forme la plus commune, à savoir, le couple homme et femme avec des enfants.

2e. Étude no. 2578 (1423 interrogés) sur "Les opinions et attitudes au sujet de la famille" en Octobre et Novembre 2004 : 56,9% des répondants étaient favorables au mariage civil pour les couples de personne de même sexe.

Dans la question n ° 26 (étude 2578) il était demandé si « *Les gays et les lesbiennes peuvent adopter des enfants comme toute personne hétérosexuelle* ». La réponse de la majorité (33%) était « *pas d'accord* », contre 19,5 de « *tout à fait d'accord* » (19,5%).

3e. Étude no. 2.854 (1083 interrogés) sur « *Attitudes des jeunes face à la diversité sexuelle* ». En 2010, parmi les jeunes âgés de 14 à 29 ans, 76,8% des questionnés considéraient comme acceptable le mariage entre personnes de même sexe.

En ce moment une campagne est en cours en Espagne en faveur de la levée de l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui.

### Questionnaire n° 3 : Brésil

La tradition juridique brésilienne est marquée par sa capacité à apporter des réponses pour la « vraie vie », en allant au-delà de la simple utilisation d'outils techniques pour l'exégèse des textes législatifs. Outre le recours aux principes généraux, tirés de la tradition romano-canonique-ibérique, et droit comparé, les juristes mettent un fort accent sur le contexte, sur la vraie vie des gens, sur les coutumes et leur valeur juridique. Le sens commun, général, pratique et utile importe dans la recherche de solutions, tout en tenant compte du contexte. Le juriste brésilien est avant tout un avocat au sens large : étymologiquement, quelqu'un a appelé pour résoudre les problèmes de la vie réelle.

La gestation pour autrui et l'adoption de l'enfant par les couples de personnes de même sexe illustrent parfaitement le champ d'action du juriste brésilien, appelé à résoudre les divers problèmes soulevés par les nouvelles pratiques et demandes sociales.

C'est ainsi que le Tribunal Suprême Fédéral a décidé le 05.05.2011 (affaires jointes ADPF n° 132/RJ et ADI n° 4277/DF), que l'union continue, publique et pérenne entre deux personnes du même sexe soit reconnue comme constituant une famille, avec une efficacité erga omnes et obligatoire pour toute l'administration publique et tous les organes du pouvoir judiciaire.

Emboîtant le pas du Tribunal Suprême Fédéral, le Tribunal Supérieur de Justice a décidé le 25 octobre 2011 que les personnes de même sexe avaient le droit de se marier civilement, malgré l'absence de texte législatif les y autorisant (aff. REsp 1.183.378/RS). Il résulte de cette décision le droit pour les couples homosexuels non seulement d'adopter un enfant, mais également de bénéficier de tous les moyens juridiques pour établir la filiation, y compris la présomption de filiation dans le cadre d'un mariage.

Si à la suite de ces décisions, les officiers des registres publics et de l'état civil ont manifesté quelques réticences pour mettre en œuvre les différents droits en résultant, c'était moins en raison de leurs convictions personnelles que pour des raisons techniques. Peu nombreux étant ceux qui étaient en mesure de connaître la portée exacte et les effets immédiats des décisions des tribunaux supérieurs. C'est pour cette raison que le Conseil national de justice a édicté deux résolutions destinées aux notaires et aux officiers des registres publics et de l'état civil, dans lesquelles sont précisées les règles et démarches désormais en vigueur en droit de la famille et de la filiation et des registres publics, et nécessaires à la mise en œuvre des droits résultant des arrêts de 2011.

Quoi qu'il en soit, ces décisions de 2011 ne font que répondre à une nécessité de résolution juridique des réalités sociales qui dépassent le seuil de l'exception pour s'affirmer comme des situations désormais communes et normales de composition des couples et des familles au Brésil. Pour y apporter des solutions adaptées, les juges du fond et les tribunaux supérieurs brésiliens ont pour tradition d'infléchir les prohibitions législatives pour accommoder les nouvelles réalités, notamment quand il s'agit des rapports de familles dont la protection constitutionnelle offre un fondement sans égal pour les innovations jurisprudentielles.

Dans ce contexte, les questions sensibles comme le mariage entre personnes de même sexe et l'accès à la filiation sont traitées à partir de la perspective des protections des droits fondamentaux. En ce qui concerne plus particulièrement la gestation pour autrui, la tendance sociale est de l'accepter en raison de l'importance que la paternité a dans la société : l'enfant étant l'avènement le plus heureux et précieux de la vie d'une personne, il est difficile d'admettre la privation de la paternité aux personnes ne pouvant pas y accéder naturellement comme une solution de principe.

La réglementation nationale de la gestation pour autrui par le Conseil national des médecins, qui est un organe compétent pour superviser et pour réglementer la pratique médicale, illustre encore cette flexibilité culturelle. Certes, la réglementation ne vise que l'aspect éthique de la pratique, mais il n'en demeure pas moins qu'elle est la seule réglementation de la matière au Brésil, aucun texte législatif ne traitant de la question. Cela est très représentatif de la tradition juridique brésilienne consistant à résoudre des problèmes résultant d'un changement des mœurs sociales, plutôt qu'à les nier.

La tendance, semble-t-il, n'est pas d'interdire, mais d'accommoder les nouvelles réalités dans les limites de la morale, des bonnes mœurs et de l'ordre public, quand bien même pour cela il faille dépasser certaines interdictions légales afin de rendre efficace les droits fondamentaux constitutionnellement garantis, soit textuellement, soit implicitement.

### Questionnaire n° 3 : droit guinéen

La législation guinéenne ne prévoit pas la gestation pour autrui. S'il existe une pratique sociale en Guinée comme le « don » d'enfant, la gestation pour autrui, telle que conçoit l'Occident, est un contrat que la société guinéenne ignore.

Ainsi, contrairement à la République du Mali voisin, qui prévoit à l'article 8 du nouveau Code de la famille, que : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », la Guinée ne prévoit pas dans son projet de réforme du Code civil de mai 2016 un texte relatif à la gestation pour autrui.

Les guinéens ne conçoivent la formation du couple que par un homme et une femme. Par conséquent, la législation guinéenne ne permet pas l'adoption d'un enfant par un couple de personne de même sexe.

### Questionnaire n° 3 : Portugal

Questionnaire complété par M. Fernando Teixeira da Silva (Avocat à Lisbonne)

#### L'adoption de l'enfant par les couples de personnes de même sexe :

Le 10 février 2016, le Parlement portugais, à la majorité absolue, a adopté une loi autorisant l'adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe.

L'ancien Président de la République, Anibal Cavaco Silva, avait mis son veto en janvier 2016. Selon l'ancien Président de la République, le sujet était beaucoup trop sensible, nécessitant de poursuivre les débats.

Toutefois, les parlementaires ont confirmé leur vote obligeant à la promulgation de la loi (la majorité absolue permettant de contourner le veto).

Un député socialiste Pedro Delgado Alves justifiait alors ce vote en ces termes « *Les temps des discriminations en fonction des orientations sexuelles est révolu* ».

#### La gestation pour autrui :

La loi du 20 juillet 2016 autorise désormais la gestation pour autrui au Portugal.

Un premier texte avait été adopté le 13 mai 2016. Toutefois, le Président de la République Marcelo Rebelo de Sousa (nouvellement élu) avait mis son veto. Il souhaitait que le texte soit réécrit afin de garantir davantage les droits de la mère porteuse et de l'enfant à naître.

Selon cette loi, le recours à la gestation pour autrui n'est ouvert qu'aux cas d'infertilité féminine liés notamment à l'absence ou au dysfonctionnement de l'utérus, et sans contrepartie financière pour la mère porteuse.

Un contrat entre les parties devrait préciser les dispositions à prendre en cas de malformation du fœtus ou d'une éventuelle interruption volontaire de grossesse.

L'Eglise catholique s'est fermement opposée à cette loi la jugeant « contraire à la civilisation chrétienne ».

### Questionnaire n° 3 : Royaume-uni

Same-sex adoption became possible in 2005, when the Adoption and Children Act 2002 came into force. This was a wholesale reform of adoption in this jurisdiction, which removed the requirement that a child be adopted only by a married couple, allowing couples in an “enduring family relationship” to adopt, which opened the door for same-sex couples.

L'adoption par les personnes de même sexe est possible depuis 2005, l'entrée en vigueur de la Loi relative à l'Adoption et aux enfants de 2002 ayant facilité cette possibilité. Ce fut une réforme globale dans cette juridiction qui a supprimé l'exigence selon laquelle un enfant ne peut être adopté seulement par un couple marié, permettant ainsi aux couples qui sont dans une relation stable d'adopter. Ce qui a ouvert la porte au couple de personnes de même sexe.

This was a contentious decision at the time, and the amendments to the legislation to permit unmarried couples to adopt was originally voted down by the House of Lords (as the Upper House of Parliament). Much of the debate focused on the discrimination against unmarried couples, as opposed to married couples, rather than on debates concerning LGBT rights. The UK Parliamentary Joint Committee on Human Rights stated that in its view “a blanket ban on unmarried couples becoming eligible to adopt children would amount to unjustifiable discrimination on the ground of marital status, violating article 14 combined with article 8.” This in turn, according to the Joint Committee, would amount to indirect discrimination against homosexual couples on the grounds of their sexuality, as they are not eligible to marry. They considered that this would engage article 14 in conjunction with article 8, and expressed their doubts that such discrimination could be justified.

A l'époque, ce fut une décision controversée, les amendements à la législation pour permettre aux couples non mariés d'adopter ont été initialement rejetés par le vote de la Chambre des Lords.

Une grande partie du débat s'est concentrée sur la discrimination entre les couples célibataires et les couples mariés, plutôt que sur des débats relatifs aux droits des LGBT. La Commission mixte parlementaire britannique sur les Droits de l'Homme a déclaré dans son avis « *qu'une interdiction générale pour les couples célibataires à devenir éligible à adopter des enfants constituerait une discrimination injustifiable au regard des articles 8 et 14 de la CEDH* ». Selon la Commission mixte, ce refus équivaldrait à une discrimination indirecte à l'égard des couples de personnes de même sexe sur le fondement de leur sexualité, car ils ne sont pas admissibles à se marier. Les membres de la Commission ont décidé que cela contreviendrait aux dispositions des articles 8 et 14 de la Convention européenne et ont exprimé leur doute quant à la légitimité d'une telle discrimination.

This ultimate decision by Parliament to have wider eligibility criteria for adoptive parents must be understood in the context of the English child protection system, where adoption is significantly more prevalent than in other European jurisdictions. The change in legislation was presented as a way to ensure a greater number of adopters for children who needed stable families – a pragmatic reform in order to promote the paramount interests of children, rather than one focused on equal rights for same-sex couples.

Cette dernière décision du Parlement exigeant des critères d'éligibilité plus larges pour les parents adoptifs doit être analysée dans le contexte du système anglais de protection de l'enfance, dans lequel l'adoption est plus répandue que dans d'autres systèmes juridiques européens.

Le changement de la législation a été présenté comme une façon de proposer un plus grand nombre d'adoptants au profit d'enfants ayant besoin de stabilité - une réforme pragmatique destinée à promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant, plutôt qu'une égalité des droits au profit des couples de personnes de même sexe.

In relation to surrogacy, a similar shift occurred from the 1990 Human Fertilisation and Embryology Act, which only allowed married couples to obtain a parental order, to the 2008 Act, which allowed unmarried couples and same-sex couples to apply. This came into force in April 2010. In a review of the 1990 legislation, the government considered the extent to which changes were needed to better recognise the wider range of people who seek and receive assisted reproductive treatment in the 21<sup>st</sup> Century, as well as the impact of other legal changes since the 1990 Act: the Civil Partnership Act 2004 (allowing for same-sex couples to register as civil partners) and the 2002 Adoption and Children Act (discussed above). The purpose of the changes in the 2008 Act was to "revise the status and legal parenthood provisions...to enable a greater range of persons to be recognised as parents following assisted reproduction".

Concernant la maternité de substitution, un changement similaire a eu lieu à partir de la Loi relative à l'embryologie et la fertilisation humaine de 1990 permettant aux couples mariés d'obtenir un ordre parental et de la Loi de 2008 ouvrant cette possibilité aux couples non mariés et aux couples de personnes de même sexe (entrée en vigueur en avril 2010).

Lors d'un examen de la Loi de 1990, le Gouvernement a considéré que des changements étaient nécessaires afin de mieux reconnaître la variété dans la recherche et le traitement contre l'infertilité au 21<sup>ème</sup> siècle et qu'il fallait en outre tenir compte des changements juridiques opérés par la Loi relative au partenariat civil de 2004 (permettant aux couples de personnes de même sexe de se faire enregistrer comme partenaires civiles) ou encore de la Loi relative à l'Adoption et aux Enfants de 2002.

L'objectif des changements de la Loi de 2008 était de « réviser le statut et les dispositions légales de la parentalité ... pour permettre à un plus large éventail de personnes d'être reconnu comme parents après une procédure de procréation médicalement assistée ».

# **TABLE DES MATIÈRES**

(les numéros renvoient aux pages)

## **Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde**

<b><u>Introduction générale</u></b> .....	<b>10</b>
<b>§ 1- <u>Des précisions liminaires</u></b> .....	<b>11</b>
1) Un système ordonné à la preuve de la filiation véritable de l'enfant .....	<b>12</b>
2) Un système de preuve laissant place à la volonté individuelle .....	<b>13</b>
3) Un système de preuve ménageant la paix des familles .....	<b>15</b>
<b>§ 2- <u>La question d'un « droit à l'enfant »</u></b> .....	<b>17</b>
1) Les obstacles à l'opposabilité d'un « droit à l'enfant » .....	<b>17</b>
2) Les conflits de normes .....	<b>18</b>
3) Les équilibres sur lesquels repose la législation bioéthique en droit français..	<b>19</b>
<b>§ 3- <u>La nécessité de clarifier le droit positif</u></b> .....	<b>21</b>
1) Des contradictions et incohérences .....	<b>21</b>
2) Les limites du cadre de l'étude.....	<b>23</b>

### *Partie I.*

#### *L'émergence de situations de « droit à l'enfant » : quelles données ?*

<b>Chapitre I- <i>L'inventaire et l'analyse des situations de « droit à l'enfant »</i></b> .....	<b>26</b>
<b><u>Section préliminaire- Réflexions liminaires à propos de la terminologie juridique</u></b> .....	<b>26</b>
<b><u>Section I- La mise en perspective des situations de « droit à l'enfant »</u></b> .....	<b>28</b>
<b>§ 1- <u>L'analyse des outils juridiques et conceptuels sollicités dans les situations de « droit à l'enfant »</u></b> .....	<b>28</b>

#### *Prolégomènes*



A- Premier cas : « Droit à l'enfant » et PMA .....	31
B- Deuxième cas : « Droit à l'enfant » et GPA .....	34
C- Troisième cas : « Droit à l'enfant » et transsexualisme .....	40
<b>§ 2- <u>L'analyse des conflits notionnels obscurcissant l'expertise</u></b> .....	<b>48</b>
A- Le conflit entre « droit à l'enfant » et droits de l'enfant .....	49
B- L'intérêt supérieur de l'enfant, le « droit à l'enfant » et les droits de l'enfant.....	52
1) L'appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant et droits de l'enfant	
2) L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant et « droit à l'enfant »	
C- Le « droit à l'enfant » et l'enfant sujet de droits .....	56
<b>§ 3- <u>L'analyse des obstacles propres aux nouvelles revendications de « droit à l'enfant »</u></b>	<b>58</b>
1) L'égalité .....	58
2) Le « genre » indifférencié .....	60
3) Le droit à « une vie familiale normale » .....	63
a) Un argumentaire plaçant les nouvelles revendications de « droit à l'enfant »	
dans la sphère privée	
b) Les corollaires et les limites	
<b><u>Section 2- Le glossaire</u></b> .....	<b>68</b>
<b><u>Section 3- L'approche sociologique</u></b> .....	<b>86</b>
<b>&amp; 1- <u>Les innovations biomédicales et les nouvelles possibilités sociales</u></b> .....	<b>86</b>
<b>§ 2- <u>Les enquêtes qualitatives</u></b> .....	<b>90</b>
<b>§ 3- <u>Les enquêtes quantitatives</u></b> .....	<b>98</b>
<b>§ 4- <u>L'évolution des thèmes</u></b> .....	<b>100</b>
<b>Chapitre II- Les pratiques</b> .....	<b>106</b>
<b><u>Section I- Les pratiques d'assistance médicale à la procréation</u></b> .....	<b>106</b>
<b>§ 1- <u>L'encadrement des techniques d'assistance médicale à la procréation</u></b> .....	<b>107</b>
A- L'accès limité à l'assistance médicale à la procréation.....	107

1) Les conditions générales du recours aux techniques d'assistance médicale à la procréation .....	107
a) L'assistance médicale à la procréation vue sous l'angle du corps médical	
b) L'assistance médicale à la procréation vue sous l'angle des personnes animées d'un désir d'enfant	
2) Les spécificités en cas de recours à des tiers donneurs à l'occasion d'un don de gamètes ou l'accueil d'embryons .....	112
B- Le rejet des sollicitations de pure convenance personnelle.....	114
1) Le rejet de certaines demandes intraconjugales	
2) Le rejet des demandes extraconjugales	
<b>§ 2- <u>La transgression des règles relatives à l'assistance médicale à la procréation</u>.....</b>	<b>117</b>
A- Le recours à des pratiques artisanales .....	118
1) Les achats réalisés en ligne	
2) Les arrangements en vue de la procréation d'un « enfant à tout prix »	
B- Les prises de contact avec des centres médicaux étrangers .....	120
1) L'accès facilité à l'assistance médicale à la procréation en cas de demandes intraconjugales	
2) L'accès facilité à l'assistance médicale à la procréation en cas de demandes extraconjugales	
<b><u>Section II- Les pratiques de gestation pour le compte d'autrui dans un contexte de « tourisme procréatif »</u> .....</b>	<b>124</b>
<b>§ 1- <u>Le détail des pratiques</u></b>	<b>126</b>
<u>A-</u> Le portrait des commanditaires et les destinations privilégiées .....	126
<u>B-</u> Le portrait de la mère porteuse.....	127
<u>C-</u> La diversité des techniques de procréation .....	127
<b>§ 2- <u>Les intermédiaires</u>.....</b>	<b>128</b>
A- Les sociétés	
B- Le « staff »	
<b>§ 3- <u>Les contrats</u>.....</b>	<b>131</b>

<b><u>Section III- Le cas spécifique du transsexualisme</u></b> .....	137
<b>§ 1- <u>Des données manquant de fiabilité</u></b> .....	137
A- Des statistiques lacunaires	
B- Un manque de rigueur d'ordre méthodologique	
<b>§ 2- <u>Le transsexualisme et l'état civil</u></b> .....	139
A- Le contexte jurisprudentiel et législatif	
B- L'analyse de la portée des nouvelles dispositions légales	
<b>Chapitre III- <i>Le panorama des législations et jurisprudences dans le Monde</i></b> .....	146
<b><u>Section I- La procréation médicalement assistée</u></b> .....	147
<b>§ 1- <u>L'autorisation encadrée du recours à la procréation médicalement assistée</u></b> .....	147
<b>§ 2- <u>La particularité luxembourgeoise</u></b> .....	156
<b><u>Section II - La gestation pour le compte d'autrui</u></b> .....	158
<b>§ 1 - <u>La prohibition des conventions</u></b> .....	158
A- L'interdiction fondée sur des dispositions spécifiques	
B- L'interdiction fondée sur l'interprétation des dispositions générales	
<b>§ 2- <u>La licéité et l'encadrement légal</u></b> .....	163
<b>§ 3- <u>La circulation internationale des actes et jugements relatifs à la maternité de substitution</u></b> .....	166
A- Le rejet en droit espagnol	
B- L'admission au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant	
C- L'admission dans les conditions du droit interne	
D- Le doute en droit luxembourgeois	
<b><u>Section III – L'adoption</u></b> .....	171
<b>§1– <u>Les droits ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe</u></b> .....	171
<b>§2– <u>Les droits refusant l'adoption aux couples de personnes de même sexe</u></b> .....	177

## Partie II.

### *Le « droit à l'enfant » et la filiation : quel statut juridique pour l'enfant ?*

#### **Chapitre I- *L'analyse des difficultés juridiques soulevées par les situations de « droit à l'enfant » au regard de la définition du statut juridique de l'enfant* ..... 182**

##### **Section I- Les questions préalables ..... 183**

##### **§ 1- Les problématiques de droit international privé ..... 183**

##### A- L'état des lieux ..... 183

##### 1. Les situations de « droit à l'enfant » au regard des méthodes de droit international privé

##### a) La reconnaissance de la filiation établie à l'étranger

##### b) L'établissement de la filiation en France

##### 2. Les mécanismes de protection de l'ordre juridique français

##### a) Le recours à la théorie de la fraude

##### b) Le recours à l'exception d'ordre public international

##### B- L'intérêt supérieur de l'enfant et l'ordre public à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui ..... 197

##### 1) L'appréciation globale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant et l'application stricte des règles d'ordre public

##### 2) L'appréciation concrète partielle de l'intérêt supérieur de l'enfant et l'application atténuée des règles d'ordre public

##### **§ 2- Le coût social des PMA-GPA ..... 202**

##### A- Le coût social des modes de procréation médicalisés pratiqués en France ..... 203

##### B- Le coût social des modes de procréation médicalisés pratiqués à l'étranger ..... 205

##### **Section II- La filiation et les pratiques de « droit à l'enfant » ..... 207**

##### **Sous-section I- Le statut des enfants face aux pratiques d'assistance médicale à la procréation ..... 207**

##### **§ 1- Le statut juridique des enfants nés dans le cadre légal de l'assistance médicale à la procréation ..... 208**

A- Le sort des enfants nés d'une AMP endogène .....	208
B- Le sort des enfants nés d'une AMP exogène .....	208
1) Le principe de l'exclusion de tout lien entre l'enfant et les tiers donneurs	
2) Le principe de l'établissement obligatoire de la filiation	
3) Le principe de l'exclusion de toute action en contestation de la filiation	
<b>§ 2- <u>Le statut juridique de l'enfant né hors du cadre légal de l'assistance médicale à la procréation</u></b> .....	<b>210</b>
A- Le statut actuel des enfants nés hors du cadre légal de l'assistance médicale à la procréation.....	211
B- Le statut à venir des enfants nés hors du cadre légal de l'assistance médicale à la procréation.....	212
<b><u>Sous-section II- La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui</u></b> .....	<b>213</b>
<b>§ 1- <u>La réception en France de la filiation créée à l'étranger</u></b> .....	<b>216</b>
A- Les modalités de la réception.....	216
1. La reconnaissance d'effets en France de la filiation de l'enfant sur la foi de l'acte dressé à l'étranger	
2. La reconnaissance d'effets en France de la filiation de l'enfant sur la foi de l'acte étranger conforme à la réalité biologique	
B- Une réception incohérente et limitée.....	222
1. Les incohérences	
2. Les limites	
<b>§ 2- <u>L'assimilation en France de la filiation créée à l'étranger</u></b> .....	<b>225</b>
A- Vers l'adaptation du droit commun de la filiation ? .....	226
1. L'adaptation des règles de la filiation biologique	
2. L'adaptation des règles de la filiation adoptive	
B- Vers la reconnaissance juridique d'une parenté volontaire ? .....	230
<b><u>Sous-section III- Le transsexualisme au regard de l'union et de la reproduction : quelle filiation pour l'enfant ?</u></b> .....	<b>232</b>

<b>§1- <u>Le transsexualisme au regard de la procréation naturelle</u></b> .....	236
A- L'analyse des jurisprudences relatives au transsexualisme .....	238
B- Comment articuler les hypothèses de transsexualisme avec le droit positif français de la filiation ? .....	240
<b>§2- <u>L'assistance médicale à la procréation et le transsexualisme</u></b> .....	242
A- Les conditions légales de l'AMP au regard du transsexualisme .....	242
1. Le sexe à l'état civil ou sexe corporel ?	
2. Pathologie ou non pathologie/ Stérilité subie ou volontaire	
3. La conservation de gamètes ou de tissus reproductifs	
4. L'intérêt de l'enfant	
B- La gestation pour autrui et le transsexualisme .....	247

**Chapitre II- *L'analyse des difficultés spécifiques liées aux conflits hiérarchiques de normes***

<b><u>Section I- Les conflits de norme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel</u></b> .....	249
§ 1- <b><u>Les normes constitutionnelles applicables</u></b> .....	250
§ 2- <b><u>L'impact de la décision du 17 mai 2013</u></b> .....	251
§ 3- <b><u>Le « droit à l'enfant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel</u></b> ....	254
A- Une expression peu et récemment utilisée .....	254
B- La notion d'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel	254
<b><u>Section-II- L'impact des normes internationales</u></b> .....	255
<b>§ 1- <u>L'émergence d'un ordre public familial européen</u></b> .....	256
A- Le cadre d'émergence de l'ordre public familial européen.....	256
1) Les textes de base	
2) Les ajouts par dépassement de mandat	
B- Un ordre public européen protecteur de l'enfant .....	261

**§ 2- Des principes protecteurs de l'enfant à l'échelle internationale..... 262**

A- La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant ..... 263

1) L'incompatibilité entre la reconnaissance d'un « droit à l'enfant » et les principes de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

2) La nécessité d'offrir un statut juridique à l'enfant une fois la situation constituée

B- Les Conventions de la Conférence de la Haye de droit international privé ..... 265

1) L'intérêt supérieur de l'enfant, une considération primordiale

2) Une famille « permanente », le souci de protéger l'enfant

C- Les Conventions de la Commission Internationale de l'état civil..... 267

1) La clarté des dispositions applicables

2) L'absence d'effet direct des dispositions applicables ?

**§ 3- L'influence des décisions de la Cour européenne sur le droit des personnes et de la famille, sous l'angle d'un « droit à l'enfant » ..... 268**

A- La progression constante de l'autorité des décisions émanant de la Cour européenne des droits de l'homme ..... 270

1) L'autorité de fait de la jurisprudence européenne

2) Les décisions des cours européennes, sources du droit français

B- La portée normative des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme ..... 276

1. La portée grandissante des arrêts rendus par la Cour européenne sous l'angle de l'interprétation et de la sanction

2. La faiblesse des limites inhérentes au mécanisme de protection institué à l'échelle européenne

**Section III- L'analyse des mécanismes de la jurisprudence de la Cour de cassation au regard du « droit à l'enfant » ..... 281**

**§ 1- Le tableau chronologique des décisions de la Cour de cassation susceptibles de servir ou de desservir la revendication d'un « droit à l'enfant » ..... 281**

**§ 2- La progression de la revendication d'un droit à l'enfant au regard des actions engagées et des décisions prononcées ..... 294**

1) Les signes avant-coureurs

2) Le basculement

**Partie III-**  
*Les conséquences des évolutions analysées : quel impact sur l'être humain, l'enfant, les familles et la société ?*

<i>Chapitre préliminaire - L'approche sociologique</i> .....	298
<b>Section 1- <u>Des explications rivales sur un sujet clivant</u></b> .....	299
<b>Section 2- <u>Entre experts et militants</u></b> .....	301
<b>Section 3- <u>Vers des conflits de valeur, en politique, en éthique et en religion</u></b> .....	302
§ 1- Lobbies et oubliés dans la recherche d'un consensus	
§ 2- De quelques critères négligés ou occultés	
<i>Chapitre I- Les retombées des pratiques recensées</i> .....	306
<b><u>Section I- Les retombées au regard des liens entre la filiation juridique et la construction psychique de l'identité chez l'enfant</u></b> .....	307
§ 1- Les considérations générales .....	307
A- L'AMP « sociétale » .....	307
B- L'importance particulière de la loi en présence d'une dissociation entre le biologique et la filiation revendiquée .....	309
C- Le dénominateur commun du symbolique et du psychique : la scène d'engendrement et la différenciation de la maternalité et de la paternalité.....	309
§-2 Le cas de la GPA .....	311
<b><u>Section II- L'approche empirique : mise en évidence des facteurs de risque</u></b> .....	313
§ 1- L'évaluation des facteurs de risque.....	314
§ 2- Définition et présentation de la théorie de l'attachement	318
§ 3- L'attachement prénatal.....	321
§ 4- L'attachement, la naissance et la (neuro)biologie.....	322
§ 5- L'impact de la séparation à la naissance .....	325



<b><u>Section III- Les retombées éthiques, médicales et sanitaires</u></b> .....	<b>327</b>
<b>&amp; 1- <u>Les retombées de l'assistance médicale à la procréation</u></b> .....	<b>327</b>
A- Les retombées éthiques, médicales et sanitaires pour les parents .....	<b>327</b>
1) Les suites du parcours médical déroulé en France	
2) Les suites du parcours médical déroulé en partie à l'étranger	
B- Les retombées éthiques, médicales, juridiques et sanitaires pour les enfants .....	<b>329</b>
1) La préservation de la santé des enfants	
2) La prise en compte de l'intérêt des enfants issus de l'assistance médicale à la procréation	
<b>&amp; 2- <u>Les retombées des pratiques de gestation pour le compte d'autrui</u></b> .....	<b>331</b>
A- La revue de littérature à dimension internationale .....	<b>332</b>
1. La littérature des pays demandeurs	
2. La littérature des pays producteurs	
B- Les retombées d'un point de vue éthique, médical et sanitaire.....	<b>340</b>
1. Quelques données sur les conséquences biologiques, obstétricales et génétiques de la GPA	
2. Les conséquences connues de la GPA sur les familles et les enfants	
C- Les retombées juridiques.....	<b>344</b>
1) La marchandisation de l'enfant	
2) La marchandisation du corps féminin	
3) L'exploitation de la femme	
 <i>Chapitre II- Les enjeux sociétaux</i> .....	<b>350</b>
 <b><u>Section I- Les enjeux au regard du rôle des institutions</u></b> .....	<b>350</b>
<b>§ 1- <u>La filiation</u></b> .....	<b>351</b>
A- Un même régime pour tous les enfants	
B- Les inégalités devant la loi	
<b>§ 2-<u>La parenté</u></b> .....	<b>355</b>

A- Père et mère	
B- Mère porteuse	
<b>§ 3- <u>La généalogie</u></b> .....	<b>358</b>
A- La généalogie et l'identité humaine.....	<b>359</b>
B- La généalogie et la filiation.....	<b>360</b>
<b><u>Section II- Les enjeux pour l'exercice de la médecine</u></b> .....	<b>361</b>
<b>§ 1- <u>Les difficultés de nature juridique</u></b> .....	<b>362</b>
<b>§ 2- <u>Les difficultés d'ordre éthique</u></b> .....	<b>365</b>
<b><u>Section III- La mise à l'épreuve de la souveraineté nationale en matière de coercition</u></b>	<b>368</b>
<b>§ 1- <u>En droit civil</u></b> .....	<b>368</b>
<b>§ 2- <u>En droit pénal</u></b> .....	<b>370</b>
<b>Conclusion</b> .....	<b>374</b>